UNIVERSITÉ DE STRASBOURG - FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES POLITIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg

le Vendredi 9 Juillet 1920, à 14 heures

PAR

PIERRE HANNEQUIN

Le Domaine public en Alsace-Lorraine

Étude sur la Législation domaniale locale et l'influence des doctrines allemandes sur une institution française

Président : M. LAFERRIÈRE

Suffragants : MM. LE FUR, DELPECH

LILLE
IMPRIMERIE COOPÉRATIVE « LA GUTENBERG »
5-7, Rue Desrousseaux, 5-7

1920

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548023_0054

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG - FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES POLITIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg

le Vendredi 9 Juillet 1920, à 14 heures

PAR

PIERRE **HANNEQUIN**

Le Domaine public en Alsace-Lorraine

Étude sur la Législation domaniale locale et l'influence des doctrines allemandes sur une institution française

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Président : M. LAFERRIÈRE

Suffragants { MM. LE FUR
DELPECH

LILLE
IMPRIMERIE COOPÉRATIVE « LA GUTENBERG »
5-7, Rue Desrousseaux, 5-7

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La réglementation du domaine public en Alsace-Lorraine n'a jamais fait l'objet d'un travail d'ensemble ; la chose est d'autant plus regrettable que cette réglementation est extrêmement touffue et éparse ; les sources en sont complexes : les textes législatifs ne forment qu'une quantité négligeable, à laquelle ne supplée pas la qualité ; par contre, la jurisprudence est abondante, elle est commentée, de ci, de là, par différents auteurs, civilistes ou publicistes, qui, sauf quelques exceptions, ne paraissent pas avoir attaché une importance excesive à la question.

Il n'existe, ni dans la littérature juridique spéciale à l'Alsace-Lorraine, ni dans la littérature juridique allemande, d'ouvrages ou de traités ayant uniquement le domaine public pour objet. Cette étude semble n'avoir guère préoccupé en général les juristes allemands ; telle est, du moins, l'opinion qui se dégage de la lecture de quelques passages, souvent très brefs, consacrés aux choses publiques dans les livres de droit civil ou de droit administratif. La question et les problèmes importants qu'elle soulève sont d'ordinaire, à peine effleurés : les difficultés sont laissées de côté la plupart du temps ou bien résolues à la légère. Aussi ne faut-il pas s'attendre à rencontrer des théories nettement tranchées et franchement affirmées, relatives à la nature du droit de l'Administration sur les dépen-

dances du domaine public. Les opinions sont confuses et flottantes ; les auteurs les expriment en employant des termes vagues, sans portée réelle, en employant à satiété les mots si chers aux Allemands d'objectif et de subjectif, auxquels l'absence de précision enlève toute signification. Pas plus que le reste du droit administratif, la domanialité publique n'a atteint en Allemagne le même degré de maturité qu'en France : elle est encore dans sa période de croissance...

Le présent travail est loin d'avoir la prétention de combler cette lacune de la doctrine ; d'abord des parties importantes du droit positif qui concourent à composer, ou qui touchent de très près à la matière de la domanialité publique ont été laissées résolument de côté ; il eût été impossible, par exemple, de traiter en entier, et dans leurs détails, toutes les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui peuvent, à elles seules, faire le sujet d'une thèse spéciale. En outre, cet examen du domaine public en Alsace-Lorraine, s'il s'est permis parfois des incursions hasardées jusque dans l'histoire des institutions juridiques du Moyen-Age, s'est, d'autre part, arrêté délibérément au 11 Novembre 1918. Ce n'est pas que des modifications n'aient été apportées, depuis cette date, aux lois administratives locales, par suite de l'introduction de branches de la législation française, mais les lignes qui vont suivre n'eussent pas manqué de déceler un certain flottement, s'il avait fallu, au moment même où l'ouvrage était en construction, tenir compte à chaque instant des variations qui survenaient dans le droit positif, afin de présenter un traité au courant des nouveautés les plus récentes. La vanité d'une pareille entreprise saute de suite aux yeux, quand on se trouve dans une période de transition, comme celle que traverse le droit alsacien et lorrain d'aujourd'hui ; dans tous les cas, du reste, il est nécessaire de circonscrire ses recherches dans le temps aussi bien que dans

l'espace, de saisir les faits et les institutions juridiques à un moment statique. En réalité, la statique n'est certainement qu'une abstraction de l'esprit; le droit parce qu'il réflète un aspect de la nature humaine essentiellement mobile, est perpétuellement en mouvement, les transformations y succèdent aux transformations. Mais il est toujours loisible de négliger les faits qui se sont déroulés après une certaine époque ; lorsqu'il s'agit d'impressions juridiques, l'instantané est impossible. Il faut se contenter, pour bien voir et comprendre les institutions et les faits, de les regarder dans un passé plus ou moins lointain; pourvu ensuite, qu'on n'omette pas de les situer à leur date, la probité scientifique est sauve.

L'année 1918 était toute indiquée pour former le point terminus de cette étude. De 1871 à 1918, pendant toute la période de domination allemande, le droit administratif local, sous les assauts et la poussée des légistes et des juristes d'Outre-Rhin, a évolué lentement. Peu à peu, ce droit français s'imprégnait de doctrines germaniques, importées par les professeurs des Universités allemandes ; des théories de droit public venues d'Heidelberg ou d'Iéna expliquaient les institutions d'Alsace et de Lorraine ; elles accommodaient les textes français à leur manière, elles les interprétaient, elles suppléaient à leur silence. En fait, les textes du droit administratif étaient demeurés, mais ils avaient perdu leur signification claire et précise sous les coups de l'exégèse germanique. Depuis 1918, les textes ont encore peu changé, la plupart du temps les lois administratives retrouvent leur place dans le monument législatif de France ; mais l'esprit qui anime la lettre n'est plus le même, les commentateurs, venus des Marches, pour critiquer des principes qui leur étaient totalement étrangers, sont retournés chez eux, remportant leurs doctrines et leurs conceptions à l'usage d'une autre race. Des pro-

fesseurs français enseignent à Strasbourg et, dans les recueils de lois, la lettre a repris son sens d'autrefois, que l'envahisseur avait cherché vainement à obscurcir pendant près d'un demi-siècle.

C'est donc un chapitre de droit administratif français déformé et tiraillé par des étrangers qui sera l'essence de ce travail et c'est pour lui donner sa physionomie propre que nous avons dû assortir les dispositions du droit local aux conceptions spécialement allemandes. Si le mélange donne l'impression d'une masse informe et rébarbative, nous pourrons nous flatter d'avoir réussi à peindre la réalité.

CHAPITRE I

Les sources d'une théorie domaniale pour l'Alsace-Lorraine

§ I. — La catégorie des choses publiques.

La première tâche qui s'offre, — une des plus délicates aussi peut-être, — quand on entreprend l'étude, dans un pays étranger ou dans un pays longtemps soumis à une législation étrangère, d'une institution qui porte un nom bien déterminé en droit français, c'est de rechercher par quelle épithète, généralement admise, cette institution est désignée dans le pays dont il s'agit. Lorsque les codes, les recueils de lois, qui renferment la législation en vigueur dans ce pays, les traités et manuels de droit qui la commentent sont rédigés en français, la tâche peut paraître aisée, bien que cette facilité soit souvent trompeuse et qu'elle conduise parfois à de graves méprises. Quand, au contraire, la rédaction en a été effectuée dans une langue autre que le français, soit parce que cette langue est la langue usuelle, soit parce qu'elle est la langue officielle et obligatoire, la difficulté est, en sens inverse, plus considérable.

L'existence de cet obstacle n'est pas, d'ailleurs, sans offrir quelques avantages, ne serait-ce que de

forcer à une attention plus minutieuse, plus éveillée sur des similitudes de mots.

En tout cas, le problème reste entier. Pour le résoudre, il est une première ressource, à la portée de tous : l'usage du dictionnaire. Mais l'emploi de cette méthode est susceptible de créer de sérieux mécomptes, tout au moins de conduire à ce qu'on ne cherche pas. Au cas présent, si nous avions consulté un dictionnaire ou un lexique, nous aurions trouvé comme traduction du mot « Domaine », les expressions « Domanium », « Domænen », qui, dans la terminologie juridique allemande, ont un sens bien précis et spécial, puisqu'elles désignent les biens de l'Etat, ceux provenant des possessions foncières des anciennes maisons régnantes et constitués à l'heure actuelle par les terres de labour, les prairies, les vignes et les forêts en la propriété de l'Etat (1).

Un procédé préférable consiste à partir d'une définition assez large d'après le droit français de l'institution étudiée, puis de rechercher, en s'aidant de la lecture des textes législatifs et surtout des ouvrages doctrinaux, concernant le pays considéré, s'il y existe une ou des institutions répondant affirmativement aux caractères généraux posés par la définition française.

On peut encore relever les objets auxquels s'applique, en dehors de toute controverse, l'institution en droit français, constater la présence ou l'absence de ces mêmes objets dans le pays où l'on veut étudier cette institution, et, dans la première hypothèse, examiner s'ils sont régis par des dispositions communes, finalement regarder si ces dispositions portent un nom caractéristique ou bien si les objets eux-mêmes sont rangés sous une épithète générique, qui rappelle leur assujettissement à des règles identiques. Après cette série d'opérations, on risque

---

(1) Zimmermann. **Das Staatsvermögen des deutschen Reichs und der deutschen Bundesstaaten**, p. 26 et ss.
Zimmermann. **Godschichtliche Entwickelung und derzeitiger stand der Rechtsverhältuisse am Domanium in Deutschland.** Finanz Archiv. II 1916, p. 1.

de se trouver en présence d'une institution étrangère qui offre de grandes analogies avec l'institution française qui a servi de point de départ ; il ne reste plus alors qu'à se garder de prendre ces analogies pour une identité et d'assimiler « a priori » les deux institutions, entre lesquelles vraisemblablement existe à peine un rapport de parenté plus ou moins étroit.

En ce travail, les deux derniers systèmes ont été employés simultanément. Une première difficulté résidait dans le choix d'une définition satisfaisante du domaine public : en face d'une définition trop précise synthétisant tous les caractères du domaine public, tel qu'il est conçu en droit français, on risquait de ne trouver aucune expression allemande équivalente qui désignât une institution analogue dans le droit local d'Alsace-Lorraine, ou en droit allemand ; en face d'une définition trop lâche, au contraire, les recherches pouvaient facilement s'égarer et perdre, de cette manière, en efficacité.

Les auteurs donnent rarement une définition du domaine public qui ne soit pas en même temps une pétition de principes, c'est-à-dire qui s'interdise d'ajouter aux caractères certains, suffisants à le définir, d'autres caractères non unanimement reconnus comme essentiels au domaine public. Peut-être n'est-ce pas tomber dans cet inconvénient que de voir dans le domaine public la partie des biens dépendant du patrimoine de l'État, ou d'autres collectivités publiques, affectée à l'usage du public ou à un service public, et, en raison de cette destination ou importance particulière, soustraite aux principes qui gouvernent les autres biens de l'État, soumis, en général, aux mêmes règles que les biens appartenant à des particuliers : on peut ajouter pour concrétiser cette définition que, d'après l'opinion unanime, les voies et places publiques, ainsi que les cours d'eau navigables, sont considérés comme des dépendances du domaine public.

Ceci posé, il ne reste plus qu'à découvrir, dans le droit local alsacien-lorrain ou dans le droit allemand, — si toutefois elle existe —, l'institution qui répond aux conditions de cette définition ; en d'autres termes, il faut s'assurer si le droit local ou le droit allemand

assujettissent, eux aussi, à des dispositions qui ne sont pas celles auxquelles sont assujettis les biens des particuliers, une portion plus ou moins considérable des biens se trouvant dans le patrimoine de l'Etat ou d'autres collectivités publiques ; en même temps, on pourra compléter cette première recherche, en examinant le régime juridique des voies publiques et des cours d'eau navigables en Alsace-Lorraine, pour essayer d'en dégager les principes communs qui le dominent.

Conçues de cette manière, les recherches ont été faites dans la littérature allemande. Des auteurs qui ont étudié spécialement le droit local, quatre ont attiré tout particulièrement notre attention, en raison de leur autorité universellement admise :

1° Le traité de droit administratif de Léoni et Mandel, — lequel ne contient pas, à proprement parler, une définition :

« Appartiennent au **bien public (öffentliches Gût)**, » dit-il, les parties du pays que l'Etat administre, mais » qui sont à l'usage de tous... L'Etat n'exerce pas sur » elles un droit de propriété, mais de souveraineté » (Hoheitsrecht) ». (1)

Deux choses, donc, caractériseraient le « bien public » : la destination à l'usage de tous et son assujettissement au droit de souveraineté de l'Etat. Dès lors, il ne paraît pas déraisonnable étant donné la définition rapportée plus haut, de rapprocher de l'institution française du Domaine public ce que Léoni et Mandel appellent « bien public » ; deux caractères leur sont communs : l'affectation à l'usage public et le fait d'être soustraits aux règles qui président au régime des biens des particuliers.

2° Bruck, autre auteur de droit administratif, — qui se contente d'une énumération :

« En droit, le patrimoine d'Alsace-Lorraine se divise » en **bien public de l'Etat (Öffentliches Gut)** et en bien » privé de l'Etat (Privatgut)... Appartiennent au **bien**

(1) **Das verwaltungsrecht in Elsass-Lothringen.** — Fribourg-Leipzig 1895, p. 5.

» **public de l'Etat :** les chemins et places publics, avec » leurs dépendances, que doit entretenir le fisc d'Al- » sace-Lorraine, le dit des cours d'eau navigables et » flottables..., les églises cathédrales les voies ferrées » des chemins de fer ». (1)

C'est une deuxième analogie qui ressort entre le **« bien public »** et le « domaine public », d'autant mieux que la division, faite au sein du patrimoine de l'Etat, rappelle des termes usités en droit français.

3° Kisch, — qui au cours de son Traité de droit privé local, traite dans un chapitre spécial, et d'une façon moins laconique que les deux auteurs précédents, de ce qu'il nomme les **« choses publiques » (Öffentliche sachen)**. (2) — Au lieu de les définir directement, il procède par élimination ; il commence par distinguer tout ce qui, en possédant les apparences, n'est pas « chose publique » :

« Il faut d'abord prêter attention, dit-il, à ce que » l'expression « chose publique » est souvent employée » pour désigner un objet qui, sans sortir de la pro- » priété privée, est cependant abandonné en fait à » l'usage public... Mais cet objet, qui partage avec le » « bien public », la destination à l'usage public, reste » un objet de propriété privée... **Il faut réserver les » termes «choses publiques» aux choses sur lesquelles » est édifié un pouvoir de domination publique spécial, » la propriété publique ».** (3) — Ailleurs, faisant allu sion à des choses qui, grâce à leurs propriétés naturelles, échappent à toute appropriation particulière, bien que l'usage en soit commun à tout le monde, par exemple : l'air, la mer, l'eau courante, et qu'on embrasse habituellement sous le nom de res communes omnium, il ajoute :

« En réalité ces choses, qui ressemblent aux choses » publiques, s'en séparent à un double point de vue :

---

(1) **Das Verfassungs : und Verwaltungsrecht von Elsass-Lothringen** 1909 II § das Vermögen Elsass-Lothringen, pp. 1 à 9.

(2) **Elsass. Lothringische Landesprivatrecht,** § 67.

(3) **Op. cit.** § 67.

» elles ne sont pas soustraites à la propriété privée à » la suite d'une disposition du droit positif, mais à » cause de leur état naturel lui-même ; en outre, elles » ne se trouvent jamais placées sous un pouvoir de » domination publique ». (1). Finalement, il considère des biens, — les biens sans maître, — pour qui la qualification de « chose publique » serait impropre, et qui pourtant sont sortis de la propriété, ou n'y sont pas encore entrés, bien qu'ils soient parfaitement susceptibles d'appropriation privée ; d'où, cette autre définition : « Les choses publiques sont celles-là seules qui » sont affectées à un but d'administration publique » et qui, de plus, sont l'objet au profit de l'Administration, d'un pouvoir juridique de domination, spé- » ciale et publique ». (2)

Telle quelle, la doctrine de Kisch est visiblement apparentée à celle développée par Molitor, sous l'article 44 de son commentaire sur la loi d'exécution du code civil allemand en Alsace-Lorraine (3). Molitor, en effet, après avoir envisagé le patrimoine de l'Etat dans son ensemble, en vient « aux objets dans lesquels » sont réalisés des intérêts vitaux de la communauté » organisée en Etat, district, commune ou église, tels » que ces objets ne peuvent remplir leur but qu'à » condition d'être mis à l'abri des incidents et des » accidents du commerce ordinaire :... Ces choses sont » désignées par l'article 44 (de la loi d'exécution) » comme des dépendances du « bien public » (öffent- » liches gût), et, en cette qualité, elles échappent aux » règles du commerce de droit privé (cours d'eau, » voies ferrées, routes, places, fortifications, églises » etc...) ». Il ajoute plus loin : « Le bien public est » constitué par les choses, qui, affectées à un but » public, se trouvent dans la propriété publique de

---

(1) Kisch. — Op. cit. § 67.

(2) Kisch. — Op. Cit. § 67.

(3) Molitor. — Stieve. **Das Gesetz betreffend die Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuches in Elsass-Lothringen.**

» l'État ou d'un établissement public et sont soustraites » au commerce de droit privé. » (1).

Au total, ces quatre auteurs, civilistes ou publicistes, s'accordent pour mettre à part, parmi les biens de l'Etat, une certaine catégorie d'objets qui se différencient nettement des autres, d'abord par leur affectation à un usage ou un objet public, ensuite et surtout parce que cette affectation conduit à écarter, en ce qui les concerne, les prescriptions de droit privé qui gouvernent d'une façon générale les biens. Leur pensée n'est peut-être pas très précise ; les expressions qu'ils emploient sont encore vagues et ne semblent pas avoir la même fixité que celle acquise dans la terminologie française par le mot « domaine public » ; ils paraissent supposer connue et presque indiscutable la notion de « chose publique », « propriété publique », « bien public ». Molitor nous en explique le pourquoi. La notion de « bien public » « était un élément du droit français » antérieur ; sa signification générale est certaine en » droit local » (2). Nous aurons plus loin, et à diverses reprises, l'occasion de revenir amplement sur cette filiation étroite qui unit le droit français et le droit local alsacien-lorrain, en la matière du Domaine public.

Toutefois, il serait pour le moins étonnant, après plus de quarante ans d'occupation étrangère, que cette filiation fût restée pure de toute altération, au cours de la lutte qui se livra entre les institutions autochtones et celles que l'envahisseur s'efforçait d'importer, et, par suite, que, dans ce choc les deux concepts juridiques en présence, le français et l'allemand, ne se soient pas compénétrés. C'est pourquoi il ne paraît pas inutile, après avoir recherché l'existence en droit local alsacien-lorain d'une institution offrant des similitudes assez nombreuses et marquantes avec le domaine public français, de diriger maintenant cette recherche vers le terrain du droit allemand.

En se rapportant aux expressions usitées chez les

---

(1) Op. cit. sous l'art. 44. Rem. 2.

(2) Op. cit. sous l'art. 44 § 2.

auteurs de droit local, on pourrait s'imaginer trouver dans « Die öffentlichen sachen » (1905) du professeur Biermann, de Giessen, la définition d'une institution de droit allemand analogue à l'institution française du domaine public. Il n'en est rien. Biermann se borne à opérer une classification bi-partite des choses publiques. « Les choses publiques sont de deux espèces : » a) les choses destinées à servir immédiatement à » l'usage de la collectivité, ou choses de l'usage commun, notamment les voies publiques, les ponts, les » ports, les collections des musées, les églises, les » cimetières ; b) les choses affectées à un service » public de l'État ou de la commune, ou choses des » services publics, particulièrement les bâtiments » administratifs de toutes sortes, les écoles, les » casernes, les fortifications, le mobilier qui garnit » ces bâtiments, etc... » (1)

Cette distinction, renouvelée de Dernburg (2), et calquée sur celle de Gierke (3), n'offre qu'un intérêt minime pour la question qui nous occupe ; aux yeux mêmes de Biermann, elle doit être purement formelle, car il ne la mentionne plus au cours de son étude de la situation juridique des choses publiques en général.

Un autre professeur allemand, Otto Mayer, qui enseignait au commencement du siècle à la Faculté de Strasbourg, consacre dans son traité de droit administratif allemand cinq paragraphes à ce qu'il appelle la « propriété publique » (öffentliches Eigentum). Le premier débute par une définition : « Certaines choses » sont destinées à répondre immédiatement à un objet » déterminé de la communauté. En font partie, d'abord, » les voies publiques, les cours d'eau publics, les » ouvrages de fortification. Nous les nommons « choses » publiques ». Leur destination à un objet public s'ex- » prime : — d'abord par leur état extérieur, qui les » rend propres à l'accomplissement de ce but, — ensuite

---

(1) Op. cit. p. 9 et 10

(2) Dernburg Pandekten. Vol. I § 71, p. 163. — 7e édition.

(3) Deutsches Privat recht II § 102, p. 22, sépare les « choses publiques » stricto sensu, des choses publiques lato sensu.

» par leur dépendance d'un sujet de l'administration » publique, qui les entretient et les gère, afin qu'elles » remplissent ce même but ». (1)

Ce disant, Otto Mayer s'est inspiré de la théorie française de la domanialité pour édifier la construction de sa propriété publique ; sans en bien comprendre la portée et le caractère exacts, il a cherché à l'amalgamer avec les conceptions juridiques allemandes avoisinant cette matière ; bien que sa tentative n'ait pas été très heureuse et que sa doctrine soit assez vague et imprécise, il a repris, en d'autres endroits, le même sujet. Dans un article intitulé « Régime des chemins de fer et de la voie publique », inséré dans les « Archives du droit public », en 1901, il donne une deuxième définition : « La notion de « chose publique » ne doit » être admise qu'au sens romain de « res extra com- » mercium », chose hors du commerce, par suite de la » manière particulière dont elle sert le but public » (2). Celle-ci complète naturellement la première, qui sans le correctif de l'énumération qui la suit, pourrait induire à penser que le qualificatif de «chose publique» s'étend à tout bien de l'Etat, affecté à un service public. Otto Mayer exige, outre ces qualités, que la chose soit mise hors du commerce, pour la classer parmi les choses publiques ; ainsi, il se rapproche de la définition du domaine public en droit français, d'où nous sommes partis pour poursuivre nos investigations.

Les textes législatifs de l'empire ne contiennent aucune trace, ni mention des choses publiques ou de la propriété publique ; tout au plus, le projet de la loi d'introduction du code civil fait allusion, une fois, en passant, aux res publicæ, « choses servant à l'usage commun » (3), pour dire d'ailleurs simplement qu'elles

---

(1) Deutsches Verwaltungsrecht. 2e édition 1917, § 35, pp. 71 et 72.

(2) Archiv für Oeffentliches Recht. — Vol. 16. — Eisenbahn und Wegerecht, par Otto Mayer, pp. 38 à 87 et 203 à 243.

(3) Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch ; recht Motive, ausgen bedel durch die von dem Bundesrat berufene kommission, pp. 196-197.

n'intéressent pas le droit civil ; le projet du code civil, lui-même, cite comme exemples, en se référant, du reste, au droit local bavarois : les cours d'eau, ports, routes, chemins, places, fontaines et marchés publics (1), mais il n'en présente pas plus de définition que le projet de la loi d'introduction.

En somme, il paraît résulter de cet examen rapide qu'il existe dans le patrimoine de l'Etat, au moins en Alsace-Lorraine, un ensemble de biens qualifiés par les auteurs : de « bien public », ou de « propriété publique », ou de « choses publiques », caractérisées soit par leur destination, qui est de servir à un but public ou collectif, soit par leur statut juridique, — spécial en raison de cette destination, — qui n'est pas celui des biens situés dans la propriété des particuliers. Par conséquent, étudier en Alsace-Lorraine l'institution qui correspond de la façon la plus satisfaisante au domaine public du droit français, revient à étudier le régime des « choses publiques » ou du « bien public ».

§ II. — L'article 44 de la loi d'exécution. Sa genèse et sa portée législative.

Le droit de l'empire était demeuré muet sur la question des choses publiques. Le droit local, au contraire, a évité semblable lacune ; dans une disposition, unique, il est vrai, il s'occupe du « bien public », non pour le définir, mais pour citer quelques-unes des choses qui en dépendent, — et en une phrase brève, il caractérise ce régime juridique. L'article 44 de la loi d'exécution du code civil est ainsi conçu : « on ne » peut acquérir des droits sur les choses qui dépendent » du « bien public ». — Appartiennent au « bien » public », particulièrement les chemins, routes et » places publics, les voies ferrées des chemins de fer,

(1) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches III, p. 25.

» les canaux de navigation, les ports, les cours d'eau » navigables et flottables, les bâtiments affectés au » service divin public d'une société religieuse légale- » ment reconnue, ainsi que les portes, les murs, les » fossés et les remparts des fortifications » (1)

Cet article a une origine et une histoire, comme il convient à toute disposition de loi, sérieusement mûrie et discutée avant d'être votée. La loi où il figure avait pour but, selon son titre, d'introduire en Alsace-Lorraine le code civil allemand, récemment voté et promulgué, et qui ne devait entrer en vigueur dans tout l'Empire que le 1er Janvier 1900. Jusqu'à cette date, le code civil français, loi particulière à l'Alsace-Lorraine, était appliqué dans le pays d'Empire au même titre que les lois locales dans les Etats confédérés. Or, l'article 538 énumérait toute une catégorie d'objets qu'il classait comme dépendances du Domaine public. Il est aujourd'hui hors de toute controverse que les rédacteurs du code de 1804 n'entendaient pas cette expression « Domaine public » au sens que la langue juridique lui donne aujourd'hui ; ils désignaient par elle tout le domaine de l'Etat, ou, en utilisant la terminologie courante à l'époque révolutionnaire, le domaine de la nation, le domaine national. Néanmoins, en France, longtemps après que cette insuffisance de terminologie eut été définitivement et solidement établie, et en Alsace-Lorraine, jusqu'en 1900, on continua de se référer à l'article 538, en cas de litige au sujet de la composition du Domaine public : arrêts et jugements, dans leurs considérants, s'y rapportaient, comme à une définition compréhensible et irréprochable.

L'introduction en 1900 du code civil allemand vint mettre fin à ces errements. Comme il était destiné à être désormais la seule loi qui réglementât les rapports juridiques de droit civil, la loi d'introduction abrogea, sauf certaines réserves, toutes les lois locales relatives au droit privé, et notamment le Code Napoléon, appli-

(1) Elsass-Lothringische Gesetze, **Verordmungen und Verfügungen zur Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuches** 1899, p. 17.

qué en Alsace-Lorraine et sur le Rhin. L'article 55 de la loi d'introduction du Code civil abroge en effet toutes les prescriptions de droit privé, édictées par les lois locales, à moins de dispositions contraires contenues dans le Code ou dans la loi d'introduction elle-même. Sur le terrain du droit privé, le droit local est écarté par le droit d'Empire, il doit lui céder la place.

Il peut paraître étrange de se préoccuper de l'influence qu'une codification du droit civil a pu avoir sur la destinée du domaine public dans les différentes parties de l'Empire. Mais cette préoccupation anormale en deçà du Rhin est parfaitement explicable au delà, où la plus grande confusion a toujours regné au sujet des « choses publiques ». Des juristes allemands ont en effet soutenu que toutes les dispositions de droit local restrictives de l'application du droit commun aux choses dépendant du domaine public ont disparu soudainement du jour de l'entrée en vigueur du Code civil de 1900. Bien mieux, ils ont affirmé que les lois promulguées en vue de l'exécution de ce code allaient à l'encontre du Code civil, toutes les fois qu'elles maintenaient, ou qu'elles renouvelaient les dispositions antérieures, et plaçaient hors d'atteinte des prescriptions nouvelles unifiant le régime des droits réels, toute une catégorie de biens, appelés « choses publiques » ou « domaine public », comme ont procédé, par exemple, les lois d'exécution d'Alsace-Lorraine ou des grands-duchés de Bade ou de Hesse.

Telle est, notamment, la théorie émise par un pandectiste, Windscheid, et par Kretschmar (1). Ces auteurs étayent leur thèse sur les considérations suivantes : le Code civil et sa loi d'introduction n'ont laissé le champ libre au droit local qu'à l'intérieur des réserves générales ou spéciales qu'ils ont expressément formulées ; or, ils ne contiennent aucune réserve relative aux choses publiques et il en résulte que celles-ci

---

(1) Windscheid-Kipp-Lehrbuch des Pandektenrechts 1906, vol. I § 146 nº 4 et § 147 ; Kreechmar, Sachenrecht, p. 146.

sont dorénavant soumises entièrement au droit commun des biens.

Ce raisonnement n'est péremptoire qu'en apparence. D'abord, il peut sembler extraordinaire que dans trois états particuliers, le législateur ait pu se mettre, sciemment ou inconsciemment, en contradiction avec le droit d'Empire et qu'aucune protestation ne se soit élevée contre la réglementation issue de ses votes ; spécialement en Alsace-Lorraine, le projet a été présenté à la délégation par les représentants du gouvernement, et ceux-ci étaient des fonctionnaires venus d'Allemagne, et qui n'avaient pas l'habitude de manifester des tendances particularistes, ni de chercher à faire pièce aux privilèges de l'Empire en matière législative.

Ensuite — et cette deuxième raison démontre la légalité de l'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil en Alsace-Lorraine — la réglementation du domaine public n'est pas, plus en Allemagne qu'ailleurs, du ressort du droit privé ; elle appartient toute entière au droit public. Or, l'objet de la codification de 1900 ne dépasse pas les bornes du droit civil : dans les limites du droit civil, l'autorité du Code est souveraine, mais elle s'arrête à ces limites. Si donc la matière de la domanialité publique est étrangère au droit privé, elle échappe à la fois à la codification et à l'application de l'art. 55 de la loi d'introduction. Qu'il en soit bien ainsi, personne ne le conteste, la doctrine est unanime à une ou deux exceptions près.

Un des rares auteurs allemands, qui se soit spécialement préoccupé des « choses publiques », le professeur Biermann, explique que le Code de 1900 n'a pas touché aux prescriptions de droit local qui ont restreint le droit de propriété de l'Administration sur les « choses publiques », parce que ces prescriptions sont « par nature de droit public » ; elles servent en effet l'utilité de la collectivité et protègent, en même temps, l'intérêt de l'Etat (1). Un autre juriste, Luthardt, admet

(1) Biermann. — Die öffentlichen Sachen, pp. 39 et ss.

que l'affectation d'une voie publique n'entraîne pas une véritable inaliénabilité de droit civil ; elle a seulement pour conséquence une limitation de la propriété, dont les racines se trouvent dans le droit public et dans le droit administratif (1). La même opinion est reproduite exactement par Goez (2) et par Enneccerus. (3).

Naturellement les commentateurs du droit local alsacien-lorrain ne pouvaient rejeter cette solution. Spécialement, Molitor est tout à fait catégorique. Si la loi d'introduction ne contient pas de réserve spéciale relative au domaine public, alors qu'elle en a souvent exprimées pour des institutions qui peuvent être rattachées, au moins en partie, au droit public interne, c'est que ce rattachement n'était pas douteux en ce qui concerne la domanialité. La désignation des choses qui doivent être regardées comme « choses publiques » est l'affaire uniquement du droit public local, qui, seul, est compétent pour établir leur statut. (4)

N'y aurait-il que ces affirmations doctrinales, cette conception, qui range le régime de la domanialité dans le ressort du droit public, n'en serait pas moins exacte. Mais elle est encore fortifiée par les travaux préparatoires du Code civil et de sa loi d'introduction.

Les auteurs du projet de la loi d'exécution s'imaginèrent, eux aussi, que l'article 538 du Code Napoléon constituait la base de la domanialité publique ; il leur répugnait que toute la question du domaine public manquât d'appui légal ; aussi, dans le texte de leur projet, ils reprirent, en la modifiant, la disposition de l'article 538 : les règles de droit local relatives aux « choses publiques » demeureraient en vigueur, si, en suivant l'opinion dominante, on les regardait comme des prescriptions de droit public (5). Ces règles, que le

---

(1) Luthardt. — Blatt für administratives Praxis XX, pp. 321 et ss.

(2) Goez. — Verwaltungsrechts-pflege in Würtemberg, p. 572.

(3) Enneccerus. — Bürgerliches Recht I, § 46.

(4) Molitor. — Op. cit. sous l'art. 44, I b.

(5) **Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch**, art. 4.

législateur local pouvait encore à son gré modifier ou laisser subsister, furent donc incorporées par les auteurs du projet dans la loi d'exécution du Code civil allemand, bien qu'elles ne fussent « que des normes » juridiques de droit public, parce que limitant l'ac» tion du droit privé, elles forment le complément » nécessaire de ce dernier. » (Texte du projet, exposé des motifs sous les articles 45 et 46, devenus les articles 44 et 45 de la loi). (1)

Ici se pose le problème de la filiation entre le droit français concernant le domaine public et le droit local.

A la séance de la délégation du 10 Mai 1898, consacrée à la discussion de la loi d'exécution du code civil, le Sous-Secrétaire d'Etat, Petri, fut amené à préciser, en les termes suivants, la pensée du gouvernement sur ce point : « La première partie du titre III règle la » notion de Domaine public... (2) ; les dispositions du » Code civil (français) en cette matière se sont conser» vées et transmises dans la conscience populaire ; » c'est pourquoi le projet n'a pas cru pouvoir mieux » faire que d'adopter purement et simplement ces dis» positions du code civil ». Mais la filiation, suffisamment prouvée par ces paroles et par l'emploi en français des mots « domaine public », implique-t-elle adhésion pleine et entière aux dispositions de l'article 538 du Code Napoléon, qui serait ainsi ressuscité dans l'article 44 de la loi d'exécution du Code allemand ? Ou bien s'établit-elle plutôt entre la législation domaniale postérieure à 1900 et la législation antérieure à cette date ?

Un premier point demeure hors de doute : les auteurs du projet de la loi d'exécution n'ont pu donner à l'expression « domaine public » la même signification que les rédacteurs du Code de 1804. Depuis plus d'un demi-siècle, en Alsace-Lorraine, comme dans le reste

---

(1) **Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen,** 1898. I. Projet n° 12, pp. 27 et ss.

(2) Les mots sont en français dans le compte rendu.

(3) Op. cit. II, p. 844.

de la France, ces mots avaient acquis le sens qu'ils ont encore aujourd'hui. Pour revenir au sens primitif, à celui de l'article 538, il eût fallu que l'article 44 de la loi d'exécution se servît d'un terme moins spécifique que celui de bien public (Öffentliches Gût), par exemple des mots «Staatsgût», «Staetovermögen», qui embrassent tout le patrimoine, tout le domaine de l'Etat.

C'est pourquoi, il semble bien qu'en dépit de l'affirmation du représentant du gouvernement à la séance de la Délégation, l'article 44 n'a pas «fait qu'adopter les dispositions du Code civil en la matière». Autrement il faudrait admettre que son existence n'a aucune importance vis-à-vis du domaine public, puisque les dispositions de l'article 538 du Code Napoléon ne sont pas spéciales à cette fraction du domaine de l'Etat; qu'elles dépassent, en ne la soupçonnant pas, la conception moderne de la domanialité publique.

En réalité, l'article 44 de la loi d'exécution n'a eu d'autre but que de figurer dans la législation comme témoin, comme preuve que les règles antérieures relatives au Domaine public étaient maintenues, n'avaient pas été abrogées par le Code civil allemand ou sa loi d'introduction, parce qu'elles se trouvaient en dehors du terrain du droit privé, et se mouvaient dans le champ d'action du droit public. Dès le vote du Code civil allemand, avant son entrée en vigueur, de vives discussions s'élevèrent au sujet du régime juridique du domaine; un très grand nombre de juristes allemands ne reconnaissaient à l'Administration, à l'Etat ou à la commune, qu'un simple droit de propriété privée sur les choses publiques, altéré par des règles diverses sur le caractère desquelles ils n'étaient ni fixés, ni d'accord; certains allaient même jusqu'à prétendre qu'il n'y avait aucune raison de mettre à part une catégorie de choses «les choses publiques» et que les dispositions du Code civil sur le «droit des biens» (Sachenrecht) s'appliquaient à toutes les choses sans distinction d'aucune sorte. Si ces théories avaient été admises, c'en eût été fait de la réglementation de la domanialité particulière à l'Alsace-Lorraine. Peut-être l'absence d'une telle réglementation n'entraînait

pas ailleurs de sérieux inconvénients ; dans le pays d'Empire, au contraire, les principes juridiques concernant le domaine public avaient derrière eux toute une tradition, d'origine française, en opposition avec la conception germanique, appréciés comme toute institution particulariste ; ils étaient la résultante d'une évolution historique, qui ne pouvait être détournée de son cours sans danger et dont le gouvernement lui-même ne pouvait pas ne pas tenir compte, si grand que fût son désir d'unification à outrance.

Aussi les juristes d'Alsace-Lorraine et la Délégation résistèrent-ils à la doctrine d'Outre-Rhin : pour sauver l'institution du domaine public, ils n'eurent qu'à faire remarquer qu'en Alsace-Lorraine elle était établie tout entière sur le terrain du droit public, partant hors les atteintes que le Code civil pouvait apporter au droit privé sur les choses. D'où, pour marquer cette conclusion, faire ressortir le maintien des règles particulières au Domaine public, éviter toute équivoque ou toute controverse sur leur persistance, l'article 44.

En fait, il ne s'agit donc pas d'une filiation entre cet article 44 et l'article 538 de notre Code civil, mais de la continuation d'un droit spécial, qui, prenant racine dans le droit français antérieur à 1871, s'est développé comme un rameau distinct, sans rien perdre, toutefois, de sa physionomie extérieure originaire. C'est du moins l'opinion des auteurs qui ont écrit sur le droit local alsacien-lorrain, notamment de Molitor (1) et de Kisch qui s'exprime en ces termes : « l'article 44 ne crée pas de droit nouveau, mais adhère, » en ce qu'elles ont d'essentiel, aux dispositions anté- » rieures ». (2). Et rien dans la jurisprudence, depuis 1900, n'est venu démentir ce jugement.

---

(1) Molitor. — Op. cit. sous l'art. 44, § 2. I et II.

(2) Kisch. — Opt. cit. — La propriété publique, § 67.

§ III. — Les classifications doctrinales.

Après avoir constaté la parenté très proche subsistant entre notre « domaine public » et l'institution qualifiée de « bien public » par l'article 44 de la loi d'exécution, ainsi que le choix fait des mots allemands « Offentliches Gût » pour traduire, le plus exactement possible, le terme français « domaine public », il nous sera permis d'utiliser cette dernière expression, pour les choses d'Alsace-Lorraine, en réservant les mots « choses publiques », « propriété publique », pour celles d'Allemagne. Cette différenciation des vocables est d'ailleurs effectuée, en général, de la même manière, par les juristes d'Alsace-Lorraine, quand ils suivent la classification française du domaine en domaine public et privé.

Peu nombreux sont, du reste, ceux qui ont fait cette distinction fondamentale et étudié le régime juridique du Domaine public. Deux seulement, déjà cités — des civilistes, — ont su mener cette étude d'une façon approfondie et en évitant les confusions regrettables fréquentes chez d'autres : Kisch et surtout Molitor, dont les développements sont relativement considérables. Les publicistes, au contraire, sont moins prolixes. Dominés sans doute par la conception allemande qu'il n'y a au fond de la domanialité publique qu'un problème de droit privé, ils l'abandonnent aux civilistes et n'y attachent qu'une importance minime : Léoni-Mandel et Bruck, déjà mentionnés aussi, n'y consacrent que quatre ou cinq pages ; d'autres sont complètement muets aussi bien sur les « choses publiques » que sur la « propriété publique ». Fischbach (1) n'y fait aucune espèce d'allusion, et Laband, lui-même, pourtant professeur à Strasbourg, n'a écrit qu'un para-

(1) Fischbach. — Das öffentliche Recht des Reichslands Elsass-Lothringen. Tübingen (1914).

graphe très court sur le patrimoine de l'Etat et paraît ignorer l'existence des « choses publiques ». (1)

Par contre, les auteurs qui passent sous silence la question des « choses publiques » ou de la « propriété publique », rapportent une autre distinction, très courante en Allemagne, où elle attire l'attention beaucoup plus que la première, et en usage également en Alsace-Lorraine (2), celle opérée au sein du « patrimoine de l'Etat » (Staatsvermögen) entre le « patrimoine d'administration » (Verwaltungsvermögen) et le « patrimoine financier » (Finanzvermögen). Le patrimoine d'administration est cette fraction du patrimoine de l'Etat qui comprend tous les biens servant exclusivement à la gestion des services publics et qui, en soi, ne doivent pas être source de revenus pour l'Etat ou les services publics (3) ; le patrimoine financier, celle dont l Etat cherche principalement à retirer des revenus (4), et que Laband appelle encore, pour bien marquer son caractère, patrimoine productif ou économique de l'Etat (5) (werbendes, wirtschchaftliches Staatsvermögen). On a quelquefois présenté cette division comme l'analogue de notre classification du domaine en public et privé. Cette assimilation est abusive ; la division allemande n'a qu'un caractère purement formel, elle ne touche pas, comme la nôtre, au fond du droit, ainsi que le reconnaissent les auteurs qui la mettent en avant. (5)

La répartition des différents éléments du patri-

---

(1) Laband. — Staatsrecht des deutschen Reichs. — Vol. IV, § 115, pp. 345 et ss. Regelsberger (Pandekten I, p. 416 et ss.) explique le silence de Laband par la raison « qu'elle ne l'intéresse pas ».

(2) Fischbach. — Op. cit. p. 403. — Bruck op. cit. II. Das Landesvermögen : Molitor op. cit. sous l'art 44, § 2.

(3) Zimmermann, Das Staatsvermögen des deutschen Reichs und der deutschen Bundesstaaten, p. 13. Fleischmann, Wörterbüch des deutschen, Staats und Verwaltungsrecht. V° Staatsfinanzen, Staatsvermögen ; Laband, op. cit. IV, p. 345.

(4) Wörterbuch ; eod verbo ; Zimmermann, op. cit., p. 24.

(5) Op. cit. IV, p. 345

moine de l'Etat entre ces deux catégories de biens n'entraîne pas un traitement juridique spécial à chacune d'elles ; elle n'affecte en aucune façon leur nature ou leur caractère juridiques. C'est plutôt une division fiscale qu'un classement déterminé par des motifs de droit. La preuve en est que jamais le fait, pour un bien de l'Etat, d'être classé dans le patrimoine financier ou dans le patrimoine d'administration n'est un obstacle à son aliénation, laquelle peut être soumise à certaines conditions de forme ; ainsi une autorisation législative est parfois nécessaire pour l'aliénation d'une dépendance du patrimoine financier ; mais la possibilité de l'aliénation elle-même n'est jamais mise en jeu par la classification de l'un ou l'autre côté.

Quant à la répartition même, elle correspond bien au critérium trouvé dans la capacité de la chose de fournir un revenu. Aussi range-t-on pêle mêle, dans le patrimoine d'administration, tous les immeubles ou meubles dépendant du département de la Guerre ou de la Marine (casernes, fortifications, ports de guerre, munitions, armement, etc...), toutes les voies de communication (routes, canaux, ports fluviaux et maritimes), les bâtiments affectés aux différents services des Administrations (les écoles, les musées, les bibliothèques, etc...) (1). En ce qui concerne le patrimoine financier, il est d'usage de le répartir en cinq groupes (2) : 1° les « Domænen » : terres labourables, prairies vignobles exploités ou affermés par l'Etat, forêts ; 2° la « régale » : mines, hauts fourneaux, monnaie et pêcheries ; 3° les exploitations ayant pour objet les moyens de communication (Postes et Télégraphes, chemins de fer, service de navigation à vapeur) ; 4° des exploitations diverses, industrielles ou commerciales, telles que la loterie, les banques d'Etat ; 5° le patrimoine monétaire, qui embrasse tout un ensemble de capitaux assez disparate : fonds d'exploitation et de réserve des entreprises de l'Etat, fonds d'amortisse-

(1) Zimmermann, op. cit. pp. 13, 14.

(2) Zimmermann, op. cit., p. 26 et ss.

ment de la dette publique, valeurs mobilières représentant le prix des subventions de l'Etat consenties à des entreprises privées, etc... (1)

Ce rapide aperçu démontre suffisamment qu'on ne saurait faire aucun rapprochement légitime entre la distinction française traditionnelle et la distinction allemande, nouvelle venue dans le monde du droit administratif : le patrimoine d'administration est beaucoup plus étendu que le domaine public ; il renferme, côte à côte, des choses qui, visiblement, doivent être assujetties à des régimes juridiques tout à fait différents ; du patrimoine financier, on pourrait peut-être dire, avec beaucoup de complaisance, qu'il correspond à notre domaine privé non affecté ; encore faudrait-il négliger la monnaie et les chemins de fer, qui, au point de vue du patrimoine financier, doivent s'entendre, aux dires des auteurs, aussi bien de la voie ferrée et des autres immeubles que du matériel d'exploitation. Toutes ces considérations nous interdisent une assimilation facile et tentante ; il est probable que les Allemands ne la cherchaient pas non plus, dans leur désir d'avoir leurs cadres juridiques à eux, purement germaniques, débarrassés de toute idée française.

---

(1) Zimmermann, op. cit., pp. 37 à 39.

CHAPITRE II

Le criterium doctrinal et les éléments positifs de la domanialité publique

PROLÉGOMÈNES

Le fait qu'une chose fait partie du domaine public implique nécessairement qu'elle est soustraite à l'application des principes du droit privé, pour être soumise à un régime juridique spécial ; il importe donc de déterminer soigneusement les biens que l'on pourra ranger parmi les dépendances du domaine public. La règle, en effet, pour les choses matérielles, c'est d'être libres, dans le commerce, sans entrave d'aucune sorte, provoquée soit par leur nature, soit par l'usage auquel elles sont destinées ; l'exception, au contraire, c'est l'obstacle apporté à cette libre circulation, l'indisponibilité de la chose, l'interdiction faite à celui qui en est propriétaire ou qui en a la garde, d'en user comme le titulaire d'un droit quirétaire de propriété. Mais toute exception étant de droit strict, il est nécessaire de préciser les choses auxquelles elle s'applique.

Préciser, cela suppose une énumération, un classement net, une séparation tranchée entre les choses du domaine privé et du domaine public. Cela suppose tranchées aussi, et préjudiciellement, certaines questions : d'abord, celle de savoir s'il n'y a que des biens

occupés par des services publics, aux soins de l'Administration, qui bénéficient du privilège de la domanialité publique, si ce bénéfice répugne à être étendu, sous certaines conditions, à des biens appartenant à des particuliers. La réponse ne peut être qu'affirmative en droit local alsacien-lorrain comme en droit français. Cependant, Kisch prétend qu'on peut imaginer comme « sujet de propriété publique un simple particulier, » grâce à une concession de l'Etat » (1). Cette opinion est soutenue également par Otto Mayer à propos des personnes qui peuvent être détentrices de biens faisant partie du domaine public et plus particulièrement des concessionnaires d'entreprises publiques (2). Otto Mayer admet, en effet, que le concessionnaire peut être « maître de la chose publique, grâce à laquelle il réalise » son entreprise ». Il ne conteste pas que cette solution est rejetée par le droit français, mais il remarque qu'elle s'harmonise très bien avec la vieille théorie allemande du fisc, tout à la fois propriétaire, à titre privé, pour le compte et sous la surveillance de la puissance commandante, de la chose, élément de propriété publique et, par là même, habile à transmettre son droit de propriétaire privé à un particulier, sauf la réserve d'un droit de police comme par le passé.

Cette conception de la double personnalité de l'Etat — puissance commandante et fisc — est par trop étrangère au droit public alsacien-lorrain, pour qu'on puisse la prendre pour point de départ et y appuyer le domaine public du concessionnaire. Aussi cette doctrine est-elle combattue par Molitor (3), qui, faute de jurisprudence locale, s'appuie, pour la réfuter, sur la jurisprudence française : de fait, en matière de domaine public, le droit alsacien-lorrain n'est qu'un prolongement du droit public français, altéré, au cours des années, par quelques dispositions législatives ou quelques décisions jurisprudentielles ; aussi, là où ni le législateur, ni les tribunaux ne se sont prononcés, c'est au droit fran-

---

(1) Kisch, op. cit., § 68.

(2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, p. 54.

(3) Molitor, Op. cit. sous l'art. 44, Rem. 5

çais qu'il faut recourir comme au droit commun, auquel il ne faut pas hésiter à puiser en cas de controverse.

Ainsi résolue par la force des choses et la logique des institutions, la question en engage une autre connexe, celle de savoir encore si une chose, pour être affectée par l'Administration au domaine public, doit lui appartenir. Montor prétend que « l'acquisition de » la chose par l'Etat ou l'établissement public n'est pas » une condition indispensable de sa dépendance du » domaine public » ; il lui suffit que la chose soit incorporée en fait au domaine public ; pour déterminer la position juridique du propriétaire de la chose, soumise ainsi à une emprise de la part de l'Administration, il construit une théorie ingénieuse, celle de la propriété privée jacente. Dans le cas d'incorporation de fait au domaine public d'une chose dont l'Administration n'est pas propriétaire, on ne serait plus en présence d'une propriété publique, mais simplement d'une possession publique, laquelle, d'ailleurs, présenterait extérieurement les mêmes effets que la propriété publique. La propriété privée du propriétaire de la chose ne disparaîtrait nullement, au cas où elle n'aurait pas été acquise régulièrement par l'Administration ; mais elle resterait jacente, latente sous les droits de possession de cette dernière et elle retrouverait son ampleur antérieure, au moment où la chose ne serait plus atteinte par les règles de la domanialité, à l'époque de la désaffectation. Auparavant, le propriétaire lésé serait fondé à demander une indemnité en représentation du préjudice qui lui est causé (1). Cette explication est fort subtile, elle n'a que le défaut d'être construite de toutes pièces, sans se trouver en concordance avec la réalité. Nulle part, les tribunaux, quand ils ont eu à trancher un litige survenu à propos d'incorporation irrégulière d'une chose au domaine public, n'ont fait allusion à un droit de propriété latente au profit du propriétaire ; ils ignorent la distinction entre la propriété et la possession publiques, ainsi que tout moyen terme entre

(1) **Op. cit.** sous l'art. 44, Rem. 9.

le régime de la domanialité et celui de la propriété privée. Quelques espèces vont projeter de la lumière sur cette allégation.

Une décision de l'autorité administrative classe, par erreur, un chemin privé comme voie publique ; le propriétaire du chemin peut intenter l'action en revendication contre l'Administration, dont la décision est insuffisante à elle seule pour faire passer un objet de propriété privée dans le patrimoine de l'Administration. Un jugement du Tribunal supérieur de Colmar, du 1er Mars 1899, a décidé que la propriété publique d'une commune sur un chemin existant sur le territoire de la commune, ne saurait être fondée uniquement sur un arrêté du préfet qui l'a classé comme chemin vicinal. (1)

Un ouvrage public est construit en totalité ou en partie, par suite d'une erreur de l'Administration, sur un terrain appartenant à un particulier, sans que ce terrain soit devenu préalablement, et dans les formes régulières, propriété de l'Administration ; tant que les travaux sont en cours, le propriétaire peut en exiger la cessation et obtenir que son fonds soit remis dans son état primitif ; une fois les travaux achevés et l'ouvrage consacré à l'utilité publique, il ne peut, au contraire, exiger la démolition ; une indemnité seule lui est accordée en compensation de la perte qu'il a éprouvée. Cette solution, inspirée par des motifs d'intérêt pratique, résulte d'un jugement du Tribunal Supérieur de Colmar, en date du 5 Mars 1895 (2), qui a fait application en Alsace-Lorraine de la théorie française de l'expropriation indirecte.

Le cas n'est, du reste, pas isolé ; la délimitation du domaine public fluvial y a souvent fourni matière. En prenant un arrêté délimitant un cours d'eau navigable ou flottable, le président de district dépasse les limites au delà desquelles le fleuve commence à déborder ; par quoi, il fait rentrer sans droit dans le domaine public des parcelles de terre appartenant à des riverains ;

---

(1) **Juristische Zeitschrift**, vol. 24, p. 355.
(2) Juristische Zeitschrift, vol. 21, p. 62.

ceux-ci ont été admis à faire constater la violation de la propriété privée, et les tribunaux civils leur ont accordé des dommages et intérêts équivalents à la valeur du sol incorporé au lit du cours d'eau ; ils sont, au contraire, irrecevables dans des conclusions tendant à faire rapporter la mesure administrative. Ainsi en a jugé le Tribunal Supérieur de Colmar, à deux reprises, le 7 Décembre 1892 et le 4 Octobre 1899 (1). Le premier, très caractéristique, où l'un et l'autre, tout à fait à propos, démontrent qu'une chose peut, de fait, entrer dans le domaine public, sans que l'Administration ait procédé à son acquisition régulière au moyen de l'achat ou de l'expropriation. D'ailleurs, en dehors de l'achat et des autres modes d'acquisition qui lui sont propres l'Administration peut user des modes normaux du droit civil, et spécialement de la prescription. Il semble, en effet qu'un immeuble appartenant à un particulier et vis-à-vis duquel l'Administration s'est comportée pendant très longtemps comme s'il constituait une dépendance du domaine public, finisse, au bout des délais conduisant à l'usucapion, par faire réellement partie du domaine public ; si un chemin privé est utilisé pendant plus de trente ans par les habitants d'une commune et, en outre, entretenu par l'Administration communale, comme s'il était un chemin vicinal, il apparaît, à première vue, que rien n'empêche, après ce laps de temps écoulé, de l'admettre au rang des dépendances du domaine public communal. Cette opinion, vivement contestée en doctrine, est cependant suivie par la jurisprudence qui ne s'est pas prononcée en l'occasion sur la nature du droit de l'Administration à l'égard du domaine public, mais a admis (Tribunal Supérieur de Colmar, 22 Mai 1894) que, si dans une ville une rue sert incontestablement à la circulation publique et a fait l'objet de la part de la commune de fréquents actes de possession, il y a présomption de propriété en faveur de la ville, qui n'a pas à fournir d'autres preuves pour établir son droit (2),

(1) Juristische Zeitschrift, vol. 18, p. 247 ; vol. 25, p. 143.
(2) Juristische Zeitschrift, 19-321.

ou encore, dans un autre jugement du même Tribunal Supérieur de Colmar, du 22 Novembre 1902, que : « Si » un sentier, situé sur un terrain privé, est utilisé par » le public pendant une période de prescription, il ne » devient pas pour cela chemin public et propriété » publique urbaine, à moins que les passants n'aient » agi comme représentants de la commune et voulu, » en fait, exercer un droit de passage pour le compte » de celle-ci » (1). Cette deuxième décision est assez énigmatique dans sa partie finale ; du moins, elle ne contredit pas la première. Que l'on n'admette pas qu'un chemin privé soit transformé en voie publique parce que le public y a circulé pendant trente ans et plus, rien de plus naturel : le public, masse tout à fait impersonnelle, ne représente pas la commune ; il n'a pas non plus qualité de détenteur du domaine public communal, placé dans la propriété ou sous la garde de l'Administration municipale ; aussi, tant que celle-ci n'intervient pas, il n'y a ni actes de possession de sa part, ni, en conséquence, prescription possible ; à elle seule, il appartient d'intervenir personnellement, de se conduire vis-à-vis du terrain, comme s'il constituait effectivement une dépendance du domaine public, en l'entretenant, en le réparant, pour qu'il puisse remplir la destination conforme au but d'utilité publique auquel elle veut le consacrer.

Le champ des recherches semble allégé par ces solutions ; il reste vaste et toute la question du classement demeure ouverte. Pour la résoudre, va-t-on prendre, un par un, tous les biens existants dans le patrimoine de l'Etat ou d'une collectivité publique, et, après un examen plus ou moins empirique, les classer dans l'une ou l'autre de ces catégories, domaine public et domaine privé, faire l'épreuve de la domanialité pour chacun de ces objets ?

A procéder ainsi, on risquerait fort d'obtenir un système assez incohérent et disparate, un agrégat dont les parcelles seraient juxtaposées sans plan et sans ordre ; il vaut mieux, ce semble, dégager un ou plu-

(1) Juristische Zeitschrift, 28-462

sieurs caractères communs aux éléments du domaine public et les choisir comme la raison d'être des règles exceptionnelles dont leur situation bénéficie.

Cette recherche est indispensable en droit français où, la loi ne donnant qu'une liste incomplète et très inexacte des dépendances du domaine public, il appartient à la doctrine de rassembler les solutions admises par la jurisprudence, pour en extraire l'esprit qui les anime. Cette lacune, dont souffrait également le droit local alsacien-lorrain jusqu'en 1900, semble avoir été évitée par les dispositions qui ont remplacé celles de notre Code : l'article 44, loin de se borner à esquisser le principe général qui domine toute la théorie, indique, dans son deuxième alinéa, les éléments qui composent le domaine public : « Appartiennent au domaine » public, particulièrement les chemins, routes et places » publics, les voies ferrées des chemins de fer, les » canaux de navigation, les ports, les cours d'eau navi» gables et flottables, les bâtiments affectés au service » divin public d'une société religieuse légalement » reconnue, ainsi que les portes, murs, fossés et rem» parts des fortifications. »

L'énumération a été mise en harmonie avec la situation économique moderne : le Code civil français passait naturellement sous silence les voies ferrées, dont il ne pouvait soupçonner le développement et l'importance future au point de vue national ; d'autre part, l'article 44 a encore ajouté à la liste du Code, des choses non inconnues en 1804, mais négligées par ignorance de la distinction fondamentale du domaine public et privé : tels les canaux de navigation et les édifices cultuels.

Néanmoins, la formule de l'article 44 est encore loin d'être limitative ; bornée aux dépendances essentielles du domaine public, elle n'épuise pas tout le domaine public : l'adverbe « particulièrement » (insbesondere) (1) y a été inséré précisément pour démontrer que d'autres choses encore font partie du Domaine public.

Le problème du critérium de la domanialité publi-

---

(1) Elsass-Lothringische Gesetze, p. 17.

que se pose donc à nouveau, après 1900 comme auparavant : puisqu'il y a des objets compris dans le domaine public, en dehors de ceux énumérés par la loi, il reste à découvrir le signe qui permettra de les identifier. De nombreux auteurs l'ont cherché et ont proposé diverses solutions. Leur méthode a été très générale ; elle déborde le terrain du droit local, elle constitue une doctrine allemande. Leurs systèmes peuvent se ramener au nombre de quatre. Un premier voit le critérium de la domanialité dans la nature ou l'état matériel de la chose ; un deuxième dans l'usage commun ; un troisième dans l'affectation de l'objet à un service déterminé : un quatrième, qui n'est qu'une variété dérivée du précédent, dans l'affectation de l'objet à un service, l'objet affecté étant lui-même l'élément principal du service. Tous quatre presque, les deux derniers très expressément, concordent à parler d'affectation, et à tenir compte aussi d'une différenciation des choses, selon que leur nature même les désigne, ou non, à elle seule pour faire partie du domaine.

Il paraît, en effet, à priori, que certaines choses rentrent dans le domaine public, sans que l'Administration ait besoin d'intervenir en aucune manière, parce que leur constitution naturelle elle-même les désigne pour servir à l'utilité publique. Il est des biens naturels qui n'ont à subir aucune transformation de la part de l'Administration pour devenir aptes à remplir leur but; d'où leur admission dans le domaine public, sans autre condition que de se trouver dans un certain état naturel. Par cette remarque, tous les auteurs ont été conduit à faire la distinction entre le domaine public naturel et l'artificiel, devenue si classique, que le législateur s'est gardé d'en tenir compte, au moins en apparence. Elle est pourtant parfaitement rationnelle : le fait qui consacre un cours d'eau à sa destination publique, c'est, non un acte administratif, mais un phénomène naturel, la navigabilité ou la flottabilité, l'aptitude à porter bateau ou radeau. Au contraire, pour un chemin, une route, ce même fait ne peut résulter d'événements naturels, attendu que l'Administration, après avoir acquis un terrain et y avoir construit une route, peut clore cette route par des barrières et en interdire

le passage au public ; et tant que n'a pas été manifestée clairement la volonté de l'affecter à l'usage public et à la circulation générale, la route demeure dans le domaine privé. Ceci revient à dire qu'à l'égard d'un cours d'eau naturellement navigable l'Administration n'a pas à prendre de déclaration de navigabilité, mais peut aussi bien empêcher, au moyen d'une simple décision, un cours d'eau d'être navigable, ou réciproquement rendre navigable un cours d'eau qui ne l'est pas naturellement.

§ I. — Criterium de la domanialité publique.

I. L'ÉTAT NATUREL DE LA CHOSE

Cette première théorie, représentée notamment par le juriste allemand Ennecerus dans son « Lehrbuch des bürgerlichen Rechts » (1), n'est pas neuve dans l'histoire actuelle du droit ; elle fit autorité en France pendant plus d'un siècle et y est encore enseignée ; en Allemagne, au contraire, elle est à peu près isolée. Elle part de ce principe que seuls sont dépendances du domaine public, les objets que leur état matériel empêche de figurer dans un patrimoine privé. L'exemple typique, bien qu'il n'en soit pas plus probant, c'est la route, la voie publique.

Cette théorie aboutit à une délimitation si étroite des dépendances du domaine public, qu'elle ne peut cadrer avec les données du droit positif alsacien-lorrain, pas plus qu'avec celles des droits particuliers d'origine germanique : rien n'empêche un individu, qui possède les moyens pécuniaires suffisants, de faire édifier sur ses terres, une fontaine, une ligne de chemin de fer, et de les incorporer ainsi dans son patrimoine ; or, le droit local bavarois (2) considère les fontaines publi-

(1) Ennecerus. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 123.
(2) Bayeresches Landesrecht. II, 1, 5.

ques, et l'article 44 de la loi d'exécution, les voies ferrées, comme des parties du domaine public.

II. L'abandon de la chose a l'usage commun

La théorie est particulière au droit allemand et n'a, semble-t-il, jamais eu d'écho en France. La caractéristique du domaine public réside dans l'usage direct de ses dépendances par le public. Les choses publiques sont les « res in publico usu positæ », abandonnées par l'Administration à l'usage du public.

Cette thèse, soutenue par un grand nombre d'auteurs, fut défendue surtout par un juriste, Wappäus (1), qui écrivit en 1868 une petite brochure « sur les choses soustraites au commerce juridique ». Pour défendre son point de vue, Wappäus ne craint pas le paradoxe : il affirme que les voies ferrées se trouvent « dans l'usage commun » du public, du moins celles qui sont utilisées par les chemins de fer de l'Etat, car « celui-ci » doit en garantir l'usage à tout voyageur qui offre de » payer la somme demandée » (2) ; et il s'en tire au moyen d'un tour de passe-passe, d'une confusion de la voie et du véhicule : seuls, l'Etat ou la Compagnie de chemin de fer utilisant directement la voie ferrée ; le public n'utilise, d'une façon immédiate, que les wagons !

Wappäus a été suivi récemment par Hölder qui, dans un article des « Archives du droit public », nomme choses publiques « certains immeubles, à cause de leur affec- » tation que l'on appelle « usus publicus », en se rap- » portant au droit romain ; ce par quoi on comprenait » autrefois exclusivement l'usage commun des hommes » appartenant à la communauté (3). Löwenfeld (4) admet aussi, mais partiellement, que la destination à

---

(1) Wappäus. Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen.

(2) P. 107

(3) Hölder. — Amt. selbstverwaltung und Juristische Person, in Archiv für öffentliches Recht. 21. pp. 322. 323.

(4) Löwenfeld. — Standinger's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. I. Rem, devant le § 90. VII 2.

l'usage commun est un critérium de la domanialité publique.

Cette théorie, nettement allemande, a un fondement historique incontestable dans la tradition germanique de l'allmend. L'Allmend, dans les communautés paysannes et urbaines du moyen-âge, est le bien indivis, qui n'appartient à aucun membre de la Communauté, mais doit servir à tous ; c'étaient surtout les chemins, les rues, les places, les fontaines, les marchés, les halles, toutes les choses que le droit allemand actuel nomme « publiques » ou « domaine public ». Il était naturel, dès lors, qu'en remontant à l'origine historique de ces choses, les auteurs fussent fascinés par cette propriété caractéristique de quelques-unes d'entre elles, de servir à l'usage de tous. D'autant plus naturel, que la qualification ancienne s'étendit, à mesure que le patrimoine des Communautés se développait, à des objets qui ne servaient plus à l'usage direct du public aux beffrois, aux remparts, aux portes des villes (1). Mais les auteurs n'ont pas remarqué que ces dernières choses étaient assimilées, au point de vue de la dénomination, à l'**allmend** primitif, non parce qu'elles possédaient avec lui la destination commune d'être utilisées par tous les membres de la Communauté, mais bien parce que, comme lui, elles se trouvaient dans le patrimoine de cette Communauté.

Entaché d'une telle confusion, le critérium proposé ne peut être qu'inexact : comment admettre à la fois que l'usage commun caractérise les choses publiques et que les fortifications et les voies ferrées fassent partie de ces choses. Il faut, en effet, se garder de tout malentendu : Quand on parle d'usage commun, on veut exprimer l'idée d'utilisation directe par le public : celui-ci fait bien usage de la voie ferrée, en ce sens qu'il emplit les wagons qui roulent sur cette voie ; mais son usage n'est pas direct, immédiat ; c'est l'Etat ou bien le concessionnaire qui utilise directement la voie, conformément à sa destination, de la même façon dont le public utilise les routes ou les places. Avec les

(1) Gierke. — Genossenschaftsrecht. II p. 667 et ss.

voies ferrées, avec les fortifications, qui sont incontestablement des dépendances du domaine public, on se trouve en présence de choses affectées à l'accomplissement d'un service public, sans que leur utilisation soit permise à tous.

III. L'affectation publique de la chose

L'insuffisance du deuxième critérium, dont l'emploi aboutirait à une nomenclature trop étroite des dépendances du Domaine public, a conduit certains auteurs à s'inspirer d'une idée différente et cependant voisine : l'affectation du bien au service public, l'usage commun n'étant qu'un aspect particulier du fonctionnement des services publics.

Kisch (1) l'a défendue : « une chose, pour être regardée comme chose publique, doit servir à un objet » de l'administration publique... La réalisation de cet » objet peut être atteinte de différentes manières : ou » bien la chose est accessible à tous, en vue de l'usage » prévu, sans autres conditions ; il en est ainsi des » routes, chemins, places et cours d'eau ; ou bien elle » permet, à ceux qui le désirent, un usage conforme » à sa destination, mais seulement avec l'intervention » administrative ; c'est ce qui se passe avec les chemins de fer ou les cimetières ; ou bien enfin, il peut » arriver qu'il n'en soit pas fait du tout usage par les » particuliers, mais qu'elle remplisse son but d'une » autre façon, c'est le cas, par exemple, pour les fortifications ».

D'où affectation à service public, comme dirait la doctrine française ; pour Kisch, cette condition nécessaire est également presque suffisante : il n'exige, de plus, que l'appartenance de la chose dans le patrimoine de l'Etat ou d'une autre collectivité publique. Peu importent alors l'importance relative de la chose pour le fonctionnement du service public et son mode d'emploi.

---

(1) Kisch, op. cit., § 67.

L'opinion de Kisch n'est pas isolée. Bruck s'y réfère et la résume ; et il faut croire qu'on la retrouve chez d'autres auteurs, puisque le professeur Otto Mayer juge à propos de la discuter et de la combattre (1), avec raison d'ailleurs. En effet, l'acceptation de ce nouveau critérium, — qui est en France, celui de M. Haurion (2) — se heurte à des difficultés très grandes : il élargit considérablement, outre mesure et sans besoin, le champ d'application des règles de la domanialité et conduit à des conséquences qui sont franchement en désaccord avec les principes du droit positif et la jurisprudence.

Les objets affectés aux différents services publics, en France comme en Alsace-Lorraine, sont innombrables, en particulier toute la série des bâtiments. Va-t-on à tous leur accorder la qualité de dépendances du domaine public ? Sent-on pour tous la nécessité de leur appliquer les règles, restrictives du droit commun des biens, propres au domaine public ? La simple logique s'y refuse et le droit positif local d'Alsace-Lorraine n'a pas non plus été aussi loin.

Quoi qu'il en soit, l'affectation de la chose est l'élément conditionnel de la domanialité ; parfois, elle va de soi, eu égard à la nature de cette chose, d'autres fois elle se déduit d'une expression de volonté de l'Administration, formelle ou tacite, pouvant se réaliser par un acte, comme une loi ou une décision administrative ou par un simple fait. En général, bien que les hypothèses d'affectation obligatoirement expresses soient très peu nombreuses (en matière de voirie, par exemple, où le droit local a conservé les principes du droit français antérieur) (3), l'Administration prend une décision de classement ; mais, dans la plupart des cas, cette formalité n'est pas indispensable, et la volonté de l'Administration n'est astreinte à aucune

---

(1) Otto Mayer. — Eisenbahn und wegerecht. Archiv für öffentliches Recht. Vol. 16. Année 1901.

(2) Hauriou. — Précis de droit administratif et de droit public.

(3) Kisch, op. cit., § 68.

forme particulière ; il suffit qu'elle puisse être déduite des circonstances. Elle n'est, d'ailleurs, pas définitive ; la désaffectation est le moyen de faire inversement sortir les choses du domaine. Sans doute, l'abandon par l'Administration d'une dépendance du domaine est insuffisant pour lui enlever son caractère, s'il n'est que momentané ; s'il se prolonge, si l'inertie ou la négligence des fonctionnaires rend la chose inapte à remplir le but auquel elle était primitivement destinée, cette attitude de l'Administration s'interprètera comme une intention de ne plus accorder à la chose le bénéfice de la domanialité, comme une désaffectation tacite. Ce n'est là que phénomène extraordinaire. Plus régulière est la désaffectation expresse, entourée de formes particulières et solennelles, qui rendrait à la chose, en quelque sorte, sa liberté de mouvement, et lui ôterait toutes les mesures de protection et de garantie dont elle était l'objet. Le législateur n'a formellement rien prévu en ce sens, et, de son côté, la jurisprudence dispose qu'« à moins de texte contraire, le retrait de » la destination de servir à l'utilité publique n'est liée » à aucune forme ou déclaration spéciales ; il suffit » que la volonté de l'organe compétent pour désaffecter » s'exprime sans qu'il puisse exister aucun doute à » son égard » (1). Cette jurisprudence consacre l'opinion courante ; elle ne vise d'ailleurs que le domaine public artificiel, car c'est là seulement que la désaffectation exige une expression de volonté de l'Administration. En ce qui concerne le domaine public naturel, la même controverse s'est élevée pour la sortie que pour l'entrée. Les auteurs, qui prétendent que l'entrée d'un cours d'eau dans le domaine public doit être nécessairement précédée d'un acte administratif déclarant l'affectation et opérant le classement du cours d'eau, affirment corrélativement qu'un cours d'eau ayant fait l'objet d'une semblable mesure de classement doit être regardé comme dépendances du domaine public tant que l'Administration n'a pas pris une

(1) Tribunal supérieur de Colmar, 27 février 1901. Juristische Zeitschrift, 26-310.

mesure en sens inverse, un arrêté de déclassement et malgré l'apparition de circonstances naturelles qui ont supprimé, en fait, la navigabilité ou la flottabilité. Cette théorie s'appuie sur la loi sur la pêche de 1891, de même que la théorie analogue relative à l'affectation. Les arguments pour réfuter l'une sont identiques à ceux qui conviennent contre l'autre.

IV. La représentation du but public par la chose

La théorie de Kisch avait effleuré la vérité, entrevu une partie de ce qui caractérise le domaine public, ou plutôt dégagé ce que nous avons appelé plus haut la condition nécessaire, pour qu'un bien fût compté parmi les dépendances du domaine public. Elle avait le tort de faire tomber toutes les choses affectées aux services publics dans le domaine public. Une quatrième théorie s'en est inspiré ; considérant ce fait noté que le domaine public est composé de choses affectées aux services publics, elle cherche à différencier cette catégorie, du reste des biens utilisés dans la gestion des divers services de l'Etat ou des autres collectivités publiques, et elle aboutit à une distinction fondamentale parmi les services publics : dans les uns, la chose affectée joue le rôle principal est indispensable à leur gestion, conditionnelle de leur fonctionnement ; on comprend de suite que les choses affectées aient besoin, dans ce cas, d'une protection particulière, plus forte, plus énergique que celle qui leur serait garantie par les règles ordinaires du droit privé.

Dans les autres, le personnel constitue l'élément essentiel, tandis que la chose affectée ne forme jamais qu'un accessoire, n'y apporterait par sa disparition qu'un trouble passager, n'empêcherait même pas la marche du service de se poursuivre. Dans ce deuxième cas, les règles du droit civil à la protection des biens paraissant suffire à la sauvegarde des choses affectées, et des règles spéciales de garantie ne se comprendraient pas.

Les choses affectées aux services de la première espèce seraient finalement seules à classer dans le domaine public.

Ce nouveau critérium, plus précis, plus serré que les trois précédents a été suivi en France par M. Jèze (1) et proposé en Allemagne par Otto Mayer, en Alsace-Lorraine par Molitor.

Le professeur Otto Mayer est revenu à deux reprises sur cette question importante du critérium de la domanialité. Une première fois, il lui a consacré quelques lignes dans son traité de droit administratif. Après avoir donné la définition des choses publiques, qui a été rapportée au début de cette étude, il ajoute : « Toutes les choses qui remplissent ces conditions ne « sont pas pour cela des choses publiques au sens « juridique. Il faut supposer en outre que l'importance de la chose est immédiate pour le but poursuivi. « Ce n'est pas un moyen comme un autre, dont la « communauté se servirait pour atteindre ce but ; « elle représente elle-même, dans son état matériel, « le but réalisé, l'entreprise publique, partie de l'admi- « nistration publique ». (2)

La pensée ainsi esquissée est développée dans l'article déjà cité sur le régime des routes et des chemins de fer ; elle s'y affirme avec plus de netteté : c'est le but auquel est destiné la chose publique, qui doit justifier sa position juridique exceptionnelle. Un simple but financier ou fiscal paraît suffisant au premier abord : le législateur peut, en vérité, mettre certains obstacles à la libre circulation des biens composant le patrimoine financier, pour en éviter la dispersion ; mais les règles qu'il édicte ainsi ne forment pas un véritable statut d'exception. Au contraire, quand elle est affectée à un service public ; mais alors il y a lieu de se pénétrer d'une distinction dérivée de la nature de l'établissement public. « L'éta-

---

(1) Jeze. — Eléments de droit public.

(2) Otto Mayer. — Deutsches Verwaltüngsrecht, 2e edition, II § 35, p. 72.

« blissement public se présente à nous comme la « réunion de moyens matériels et personnels, en vue « d'un but public déterminé. Tantôt c'est l'importance « des premiers, tantôt celle des seconds qui est pré- « pondérante pour l'établissement. Dans le deuxième « cas, la chose passe à l'arrière plan et il ne paraît pas « opportun de la conserver à son but au moyen d'une « réglementation juridique particulière. Ce sont les « bâtiments qui sont employés par les services publics « qui se trouvent dans cette situation (tribunaux, « écoles, casernes, etc...) ; mais des immeubles non « bâtis peuvent partager la même destinée : stands de « tir, places d'exercices, etc. Partout la chose n'est « que le théâtre, la scène où se meut l'établissement. « Le but public est atteint par l'activité du personnel « qui use directement de la chose, laquelle ne sert « le but que médiatement... L'établissement ne dépend « pas de la chose, il ne lui est pas attaché... Aussi la « protection que confère le droit civil est ici suffi- « sante. D'un autre côté, nous voyons des établisse- « ments publics dont le noyau réside dans la chose, « dont le but est atteint immédiatement par la chose « elle-même. Le but public s'incorpore dans la chose, « il dépend de son existence. L'exemple classique nous « est fourni par les moyens de communication « publics : routes, places, ponts, canaux de navigation. « Il faut leur assimiler les cours d'eau navigables et « les ouvrages de fortification. La protection parti- « culière, dont jouit l'établissement, n'est autre ici « qu'une protection en vue de la conservation de la « chose elle-même, dans laquelle est incorporé l'établis- « sement. Le bon ordre de la collectivité exige que « l'utilisation de la chose ne soit pas troublée par des « intrusions du fait de la part des particuliers pas « plus que par des intrusions juridiques provenant de « l'exercice de droit privé ». (1)

Cependant la prédominance de la chose dans le

---

(1) Otto Mayer. — Archiv. für öffentliches Recht. Eisenbahn und Wegerecht, pp. 67 et ss.

complexe de l'établissement public ne suffit pas pleinement à déterminer le critérium recherché ; il existe une foule d'établissements publics dans lesquels l'élément matériel, la chose, s'incorpore à l'objet poursuivi : tels sont, par exemple, les musées, les bains populaires, les lavoirs, les halles de marché ; pourtant dans ces nombreux cas, les choses utilisées par l'établissement ne sont pas tenues pour des choses publiques. Cette solution est expliquée par un motif qui vient donner au critérium toute la précision désirable : dans les derniers exemples cités, « le bon ordre de la collectivité » ne peut être mis directement en péril, par la disparition ou l'altération de la chose. Le but que poursuit l'établissement public qui constitue une entreprise de bains populaires ne sera pas immédiatement en danger, parce qu'un particulier sera parvenu à usucaper une portion de l'immeuble occupé par les bains ; mais, quand il s'agit d'une route, de fortifications, chaque morceau de la chose est essentiel : le but réalisé par la route, par la fortification subira tout de suite le contre-coup occasionné par l'usucapion de quelques mètres carrés de terrain, sur lequel la route ou l'ouvrage sont construits. Il importe peu que le bain populaire doive être transféré dans un autre coin de la ville, parce que son installation primitive est rendue impossible par l'exercice d'un droit privé réel quelconque ; il importe beaucoup, au contraire, que la route suive le tracé fixé dès l'origine et qu'elle conserve sa largeur tout le long du tracé.

En conséquence, pour Otto Mayer, le critérium de la domanialité réside dans l'affectation de la chose à un service public, à la double condition : 1° que la chose affectée soit l'élément principal dans le fonctionnement du service et, 2° que la réalisation du but, qui a causé l'affectation soit indispensable à la vie normale de la collectivité. (1)

La même idée est exposée sous une forme différente par Molitor dans le commentaire de la loi d'exécution du Code civil.

---

(1) Otto Mayer. — Arch'v. etc... pp. 71 et ss.

Molitor après avoir passé rapidement en revue les choses énumérées par l'article 44 (non limitatif) de la loi d'exécution comme dépendances du domaine public, s'efforce de découvrir leurs propriétés communes, de façon à pouvoir, dans l'avenir, justifier le classement d'autres objets dans le domaine public : « Le but « poursuivi par la création de ces choses, qui touchent « aussi aux intérêts vitaux de la communauté, est « incorporé dans les choses elles-mêmes, de façon que « les dépenses en personnel et en matériel, qui sont « encore nécessaires à l'accomplissement du but, soient « l'accessoire, tandis que la chose elle-même forme « le principal ». (1)

C'est la réunion de deux conditions : — service d'intérêts vitaux de la communauté, incorporation du but dans la chose même, qui légitimera seule l'assimilation d'une chose aux dépendances du domaine public mentionnées expressément par la loi. — Là où elles ne sont pas remplies, les biens demeurent dans le domaine privé : ainsi en est-il pour les bâtiments des écoles, des tribunaux, de la poste, des chemins de fer, car « ces bâtiments ne constituent pas le fond essentiel « de la satisfaction des intérêts : l'essentiel, dans ce « cas, c'est l'activité personnelle des fonctionnaires, à « qui les bâtiments ne servent que de moyens qui « peuvent être remplacés à chaque instant par d'autres « moyens de la même espèce ». (2)

Ce critérium de Molitor, apparenté étroitement à celui d'Otto Mayer, présente l'avantage incontestable de conduire à des solutions en harmonie avec le droit positif.

Si les textes législatifs ne sont pas susceptibles de servir, à ce point de vue, de mode de vérification rigoureuse, les travaux préparatoires de la loi d'exécution, par contre, peuvent être consultés avec fruit. L'exposé des motifs de l'article 45 du projet de loi, devenu l'article 44 de la loi, fait d'abord ressortir nettement

---

(1) Molitor-Stieve. — Op. cit. sous l'art 44, § 2.

(2) Molitor-Stieve. — Op. cit. sous l'art 44, § 2.

que la liste des dépendances du domaine public contenue dans cet article, n'est pas plus limitative que celle de l'article 538 du Code civil français qui était la base de la législature antérieure.

Ensuite, partant du principe qu'il est conforme à la conception juridique actuelle de restreindre le plus possible la quantité des « res extra commercium », il dénie le caractère de dépendance du domaine public, aux bâtiments affectés aux services publics autres que les édifices du culte, ainsi qu'aux objets mobiliers (1). Cette théorie est également celle qui est reproduite dans le rapport de la commission spéciale sur le projet concernant la loi d'exécution. (2)

En présence de cette concordance avec le droit positif, il apparait que le quatrième critérium proposé est le plus satisfaisant de tous : il nous reste à en faire une épreuve plus complète en étudiant maintenant les différents éléments composant le domaine public.

§ II. — Les éléments de la domanialité publique.

En Alsace, il n'y a pas de domaine maritime. Au demeurant, la classification tripartite de la doctrine française n'a pas sa raison d'être en Alsace-Lorraine.

Les auteurs qui ont écrit, tant sur le droit local que sur le droit allemand, ont adopté une autre distinction : ils considèrent, d'abord, toutes les dépendances du domaine public qui se rattachent aux divers moyens de communication entre les hommes : routes, voies ferrées, cours d'eau navigables, canaux et ports. Ensuite ils passent en revue les dépendances qui impliquent l'existence de bâtiments ou de constructions élevées au-dessus du niveau du sol : les fortifications,

---

(1) Verhandlungen des Lendesausschusses für Elsass-Lothringen, 1898. I. Projet n° 12, p. 39 et ss.

(2) Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen, 1898. II, p. 515 et ss.

les édifices du culte auxquels on ajoute les cimetières, les bâtiments administratifs.

I. Voies publiques

L'article 44 de la loi d'exécution du Code civil allemand cite-t-il en tête de son énumération « les chemins, routes et places publics » parce que ce sont certainement les choses publiques les plus anciennement connues, les édifices du culte, les cimetières et les fortifications ne constituant pas à l'origine des res publicæ, mais des res sanctæ ou religiosæ.

Cette prééminence particulière des voies de communications dérive de leur caractère déjà noté de choses essentielles à la vie de la collectivité. La domanialité les protège. Mais il est nécessaire, qu'une fois construite, la route demeure dans un état conforme à son but, qu'elle soit mise à l'abri des actes ou des faits des particuliers contraires à son affectation. Or l'Administration elle-même peut, par négligence, se désintéresser de l'entretien de la route, à tel point que celle-ci ne soit plus susceptible de remplir son office. En Alsace-Lorraine, le législateur n'a pas voulu que le public pâtisse de l'inertie de l'Administration et subisse les inconvénients d'une situation dont il n'est pas responsable. Si l'Administration compétente ne satisfait pas à son obligation d'entretenir la route, si, par suite d'un abandon de sa part, la route devient impraticable et la circulation est interrompue sur une certaine longueur, les particuliers lésés sont autorisés à utiliser les propriétés riveraines de la partie hors d'usage, comme passage, jusqu'au moment où l'exécution des réparations aura remis la voie en état de servir selon sa véritable destination ; il va de soi, que les propriétaires, dont les terrains en bordure de la route subissent cette servitude de passage d'un genre spécial, ont droit à une indemnité représentant le dommage qui peut leur avoir été causé. (1)

---

(1) Feldpolizegesetz du 9 juillet 1888, Art. 29, al. 3. — Gesetzblatt für Elsass-Lothringen, 1888, p. 73.

1° *Les voies et leurs accessoires*

L'expression « voies publiques » correspond à celle employée par l'article 44, « routes, chemins et places « publics ». Il n'y a pas lieu d'insister sur la définition de ces trois mots, il suffit de remarquer que le mot allemand « weg » comme le mot français « chemin », exprime l'idée d'une route d'importance secondaire. Mais les voies publiques se bornent-elles à ces trois premières catégories ? la réponse ne fait aucun doute : il est très difficile de donner à d'autres objets la qualité de voies publiques : parfois on y ajoute les ponts et les viaducs qui relient les deux tronçons d'une route une vallée (1) ; en réalité les ponts constituent plutôt un accessoire de la voie qu'une voie publique spéciale ; ils ne sont le plus souvent que le prolongement d'une route : tout au plus pourrait-on les considérer comme une voie publique d'un genre particulier, quand leurs deux extrémités aboutissent perpendiculairement à deux routes courant parallèlement le long des rives d'un cours d'eau.

La question est d'ailleurs sans intérêt, attendu que les accessoires de la voie publique empruntent leur nature juridique à cette dernière. Elle revient alors à rechercher ce qu'il faut entendre par « accessoires » de la voie publique ; par malheur, il manque une théorie générale de l'accessoire en matière de domaine public, qui, précisant et faisant ressortir les caractères de l'accessoire, permettrait d'en faire l'application à chaque dépendance du domaine public ; Molitor s'est efforcé de la fournir, on ne peut dire qu'il y ait réussi.

Il part de ce principe que tous les éléments d'une dépendance du domaine public possèdent la même qualité que celle-ci. Cette proposition est évidente ; mais la notion d'accessoire ne se confond pas du tout avec celle d'un élément : l'accessoire n'est pas, comme l'élément, partie intégrante de la chose. Au surplus, après avoir proposé ce point de départ, Molitor l'abandonne presque aussitôt, et il se borne à examiner ce

(1) Otto Mayer. — Deutsches Verwaltungsrecht, II, p. 102.

qui adviendrait de l'accessoire en cas de sa séparation d'avec la chose. « On ne doit pas exiger que les critères « qui font d'une chose une dépendance du Domaine « public, se retrouvent également dans ses accessoires ; « il suffit que cet accessoire participe nécessairement « au but du principal, même simplement en fait, alors « même qu'il serait possible techniquement d'exclure « toute commercialité juridique, en ce qui le « concerne ». (1)

Ce nouveau critérium est vague et trop imprécis pour que nous puissions en faire état dans la recherche des accessoires des dépendances de la voie publique ; nous nous contenterons de passer en revue les solutions de la doctrine et de la jurisprudence, sans tenter d'en dégager une notion générale, et en insistant plus spécialement sur les particularités et les coutumes propres du droit local.

Aucun doute d'abord relativement aux ponts ; ceux-ci s'incorporent véritablement dans la route qui, sans eux, perdrait la plus grande partie de son importance et pourrait même parfois être abandonnée ; ils ont besoin de la même protection que la voie et sont toujours mentionnés à côté d'elle par les auteurs. (2)

Aucun doute non plus pour les fossés bordant la route, creusés pour faciliter un écoulement rapide des eaux pluviales et indispensables à la conservation de la voie en bon état.

Une seule difficulté s'est élevée au sujet des talus qui peuvent longer la route en déblai ou en remblai. La question s'est posée à propos de murs édifiés par les propriétaires des terrains en bordure de la route et prenant appui plus ou moins directement sur le talus. Un jugement du Tribunal supérieur de Colmar (3), du 27 février 1902, a affirmé d'abord que « les « talus d'une route publique doivent être considérés « comme des éléments de la propriété publique, à ce

---

(1) Molitor. — Op. cit. sous l'art. 44. § 3.

(2) Kisch. § 68

(3) Juristisches Zeitschrift, 28-235.

« titre, soustraits à la prescription », et ajoute aussitôt que « de la construction de murs d'appui au pied du « talus par des riverains supérieurs on ne peut déduire « que le talus ait cessé d'être une dépendance de la « route et qu'il soit devenu prescriptible qu'au seul « cas où la construction du mur ait causé une sépa- « ration complète du talus et de la route ».

Ces deux parties du jugement du Tribunal supérieur de Colmar se contredisent : ou bien les talus des routes doivent être comptés parmi les dépendances du domaine public au même titre que la route elle-même, et alors ils sont, en toute occurrence, à l'abri de la prescription de la part des riverains ; ou bien ce ne sont pas des accessoires de la route et ils peuvent être prescrits. Mais ils ne peuvent à la fois être regardés, en règle générale, comme des éléments de la propriété publique imprescriptibles, et soumis à la prescription dans certains cas particuliers déterminés.

Les auteurs de droit local adjoignent à ces premiers objets d'autres qui peuvent être, à plus juste raison, désignés comme de simples accessoires de la voie publique et qui ont ce trait commun d'être fixés à demeure au sol : les bornes kilométriques, les poteaux indicateurs, les appareils d'éclairage, les centralisations d'eau et les fontaines (1). Cette manière de voir est très discutable pour les deux derniers, les canalisations d'eau et les fontaines : les unes et les autres ne sont pas indispensables à la voie publique, qui peut très bien subsister en leur absence ; elles ont été construites, non en vue de la viabilité ou de l'entretien de la route, mais dans l'intérêt des habitants qui en sont plus ou moins voisins ; peut-être un intérêt supérieur commande-t-il de les classer parmi les dépendances du domaine public, mais alors ce serait pour elles-mêmes et non parce qu'elles constituent des accessoires de la route. C'est apparemment pour bannir toute hésitation à ce sujet, et aussi en souvenir de l'institution de l'*allmend*, que le droit bavarois a mis hors du com-

(1) Kisch, op. cit., § 68

merce les fontaines par une disposition légale expresse. (1)

Les talus mis à part, le rattachement au domaine public de tous ces objets — éléments ou accessoires de la route — n'a jamais donné lieu à de sérieuses contestations : la doctrine est unanime et la jurisprudence en Alsace-Lorraine n'a, pour ainsi dire, pas eu l'occasion de se prononcer. Les choses vont tout autrement par rapport à une question originale particulière au droit local, ou mieux à la coutume lorraine, celle des usoirs.

2° *Les usoirs*

Les villages lorrains, aussi bien de ceux du pays annexé que les autres plus voisins de la Meuse et des Ardennes, frappent, au premier abord, par le désordre apparent qui règne tant dans les places que dans les rues. Celles-ci n'offrent nullement l'aspect ordinaire d'une rue de bourg ou de village : on n'y voit pas seulement une chaussée sur laquelle roulent les véhicules et circule le bétail, bordée de deux trottoirs réservés aux piétons et intercalés entre les murs des maisons ou des jardins et le ruisseau creusé entre eux et la chaussée. Le schéma d'une rue de village lorrain est en général moins net et moins simple : toujours, au centre, la chaussée proprement dite et, sur les bords, les trottoirs qui longent les maisons ou les clôtures des jardins ; mais entre les trottoirs et la chaussée des bandes de terrain s'intercalent, limitées du côté des premiers par le ruisseau, et se différenciant de la seconde, soit parce qu'elles en sont séparées par une rigole, soit parce qu'elles ne sont pas empierrées de la même façon ou qu'elles ne le sont pas du tout. Sur ces bandes de terrains les propriétaires des maisons riveraines de la rue déposent, chacun en face de son habitation respective, du fumier, du bois accumulé en tas, des instruments agricoles ou des outils ; ils y laissent stationner des voitures, des

(1) Landesrecht bavarois, art. 166.

chariots, des brouettes, des charrues ; et tous ces matériaux ou véhicules de rester ainsi devant les habitations, à demeure, sans que personne se plaigne de leur présence, sans que les habitants du village protestent contre de pareilles entraves à la circulation, sans que l'autorisation de tels dépôts ou stationnements si prolongés ait été expressément formulée ou dépende du paiement d'une taxe, mais aussi sans que le propriétaire de ces objets encombrants ait le droit de s'opposer au passage des autres habitants de la commune sur cette portion de rue qui lui sert aussi de débarras. Les terrains utilisés de cette façon par les riverains sont désignés par l'expression locale d'usoirs ou d'usances.

La présence de ces usoirs ou usances dans les villages lorrains n'a pas seulement l'intérêt du pittoresque du pays, elle soulève aussi une question de droit, celle de la nature juridique de ces terrains, lesquels semblent ne faire qu'un avec la voie publique et cependant, servent, — sans doute par l'effet d'une coutume ancienne, — à un usage différent de celui auquel est destinée normalement une voie publique. Question à double face : il est nécessaire d'abord de déterminer le patrimoine communal ou individuel, auquel il faut rattacher les usoirs. Si cette question préalable est résolue dans le premier sens indiqué, on se trouve en présence d'une difficulté nouvelle : celle de savoir si les usoirs sont compris dans le patrimoine communal à titre de propriété privée, d'éléments du domaine privé de la commune, ou comme des accessoires, des éléments même de la rue, des dépendances du domaine public ?

Cette controverse n'est pas uniquement doctrinale ; elle a été soulevée à l'occasion de différends entre les communes et les propriétaires riverains des rues ; de nombreuses décisions judiciaires sont intervenues, qui ne réalisent pas toujours une parfaite unité doctrinale. Pratiquement, les litiges roulent, dans la plupart des cas, sur le point de savoir si les riverains peuvent acquérir la propriété des usoirs par un usage ou une possession prolongés ; ce qui a amené les

tribunaux à se prononcer sur la prescriptibilité de ces terrains. Au surplus, les jugements et arrêts intervenus en la matière tranchent quelques questions touchant le domaine public et d'ordre plus général que les usoirs.

Une première théorie refuse aux usoirs le caractère de dépendances du domaine public ; c'était en France celle de Proudhon, elle a été défendue en Allemagne par Michaëlis, et adoptée par un jugement du Tribunal supérieur de Colmar du 9 novembre 1887, confirmé par arrêt du Tribunal de l'Empire du 13 mars 1888.

Proudhon (1) n'employait pas le mot usoir, et il paraît ignorer que l'institution ainsi qualifiée est extrêmement courante en Lorraine ; mais, dans les articles de son Traité du Domaine public consacrés « aux places vides et vagues qu'on trouve dans l'inté- » rieur des villages », il vise toute une catégorie de terrains, qui, par suite de leur situation et du mode de leur utilisation, correspondent exactement aux usoirs lorrains. Notamment, il donne la description de terrains ainsi affectés d'une part, à la voirie locale, d'autre part, aux aisances des diverses habitations du village, que les propriétaires des maisons en bordure des rues aient le droit, non seulement d'ouvrir des portes ou autres ouvertures sur ces terrains, mais encore de déposer sur ces mêmes terrains, et suivant l'usage des lieux, des matériaux ou autres choses semblables. Il les distingue des voies publiques, qui, destinées à l'usage de tous, doivent être comprises dans le domaine public, en les faisant rentrer dans le patrimoine proprement dit de la commune, c'est-à-dire dans ce que nous appelons aujourd'hui le domaine privé. Il explique que ces terrains ne sont qu'une fraction des biens communaux restée indivisible lors du partage des communaux et n'ayant, depuis lors, fait l'objet d'aucune appropriation individuelle, par l'effet soit de construction, soit de clôture ; et son principe est que tout bien à l'intérieur du territoire

(1) Edition de 1833. II. nos 358 et ss.

d'une commune doit être regardé comme communal, tant que les particuliers ne peuvent prouver leur propriété au moyen de titres ou de l'usucapion, attendu que « la communauté des biens fut le premier état des choses ». A l'époque féodale, ajoute-t-il, les seigneurs possesseurs de fiefs s'étaient attribués la propriété des terrains dont il s'agit, en vertu du principe « nulle terre sans seigneur », et aussi parce que ces terrains constituaient des biens vacants et sans maître ; cette prétention des seigneurs fieffeux fut formellement reconnue par les écrivains du Moyen-Age ; mais la loi sur le partage des biens communaux du 10 juin 1793 ayant disposé que tous les biens, désignés suivant les différentes parties du pays sous le nom de terres vaines et vagues, etc..., devaient être considérées comme « appartenant, de leur nature à la » généralité des habitants des communes ou sections » de commune dans le territoire desquels ces commu- » naux se trouvent », la propriété des terrains en question est passée à la commune.

Dans ces conditions, les terrains destinés par la coutume locale à des aisances particulières des habitations du village, sont de simples dépendances du domaine privé de la commune, grevées d'une sorte de servitude au profit des propriétaires des immeubles voisins, autorisés à y déposer des outils ou des matériaux. Au demeurant il faut observr que le simple fait, de la part des propriétaires, d'installer sur ces terrains pareils dépôts de matériaux divers, ne constitue pas, en l'espèce, un acte de possession pouvant conduire à l'usucapion. Le dépôt est, en effet, un acte conforme à la destination des terrains, permis par la coutume locale à tous les habitants riverains, qui, en le pratiquant, ne peuvent prétendre agir avec l'intention de se comporter comme des propriétaires. Pour entraîner la prescription, il faudrait donc des actes qui, par l'animus domini, dépassent ce simple usage normal de cette espèce particulière de biens communaux, et soient concrétisés, par exemple, par la clôture du terrain, l'interdiction aux autres habitants de l'utiliser comme lieu de pas-

sage, l'établissement de plantations, de constructions, etc..., et tous agissements démontrant que l'habitant « possède réellement en esprit de maître du sol et » pro suo ». (1)

S'agissant du droit d'usage lui-même des terrains en cause, Proudhon tenait qu'à l'inverse les riverains ne peuvent l'acquérir par prescription et que la commune peut le leur retirer à tout instant, parce que cette liberté laissée aux habitants de déposer des matériaux sur ces terrains n'engendre à leur profit qu'une simple faculté et ne fonde pas un droit véritable, surtout un droit réel, comme une servitude (2). Sans vouloir rechercher s'il n'y a de droits réels que des droits irrévocables, il est loisible pourtant de signaler la confusion commise : la dernière conclusion sur l'imprescriptibilité des terrains ne serait plausible que si ceux-ci avaient été d'abord rangés dans le domaine public ; comme Proudhon ne leur a pas attribué ce caractère, il devait, en logique, admettre que l'utilisation de ces terrains par les riverains est bien l'exercice d'un droit réel civil, susceptible comme tel d'être acquis par prescription.

Michaëlis (3) n'a guère fait que reproduire la théorie et les arguments de Proudhon. Les usoirs lui paraissent provenir des biens transmis par la loi du 15 juin 1793 aux communes ; de fait, le cadastre ne les mentionne pas comme propriétés privées des habitants, il les confond avec les rues et place des communes pour les soustraire comme elles, à l'impôt foncier, et l'opinion des habitants des villages, — notamment celle des plus âgés, — est que les usoirs sont des biens de la commune laissés à leur usage. — Quant à la situation précise des usoirs dans le patrimoine communal, il le base sur la distinction suivante : tant que les usoirs sont utilisés de la même manière que la rue,

---

(1) N° 362, in fine.

(2) N° 359.

(3) Die Rechtsverhältnisse an den sogenannten « Usoirs » in den lothringeschen Landgemeinden. Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass-Lothringen, 1892. Vol. 17, p. 232.

qu'ils servent plus particulièrement à la circulation et ne sont pas séparés, nettement et visiblement, de la voie publique, ils partagent avec celle-ci sa destination habituelle, sont confondus avec elle et demeurent des dépendances du domaine public. Mais dès que la largeur des rues du village est définitivement fixée, qu'elles sont limitées du côté des usoirs par un ruisseau ou par une rigole, et que, par là-même, l'utilisation des usoirs prend un autre caractère, ces derniers ne se présentent plus comme des objets affectés à l'usage de tous et retombent alors dans le commerce.

Michaëlis s'efforce encore de mettre son explication en harmonie avec certaines pratiques qui semblent l'infirmer : dans quelques villages, les usoirs figurent sur les plans cadastraux délimités entre eux et vis à vis du corps de la route par une ligne pointillée : ils portent un numéro cadastral et sont inscrits au nom des propriétaires riverains, qui acquittent l'impôt foncier en ce qui les concerne. Pratiquement, au dire de ceux mêmes qui ont collaboré en 1868 à la réfection du cadastre dans ces régions, cette délimitation n'aurait eu pour objet que de réglementer les droits d'usage des riverains, sans entraîner la moindre transmission de propriété ; la ligne pointillée réserve la propriété à la commune ; quant à l'impôt, il forme l'équivalent des avantages dont jouissent les riverains, en utilisant les usoirs comme places de dépôts de matériaux.

Tous ces arguments sont condensés dans le jugement précité du Tribunal supérieur de Colmar, du 9 novembre 1887 (1), qui a été maintenu, après révision, par un arrêt du Tribunal de l'Empire du 13 mars 1888. (2)

Le procès revêtait, à l'ordinaire, la forme d'une action en revendication intentée par un propriétaire riverain de la rue, lequel prétendait avoir acquis, par l'effet de la prescription trentenaire, un droit de

---

(1) et (2) Juristische Zeitschrift. Vol. 13. p. 252.

propriété sur l'usoir aménagé devant son habitation. Le tribunal déclare formellement que la prescription peut être admise, pour le motif que les usoirs rentrent dans le domaine privé de la commune et non dans son domaine public ; il motive sa décision en se reportant à la coutume des habitants qui déposent, de longue date, des engrais et du fumier sur les espaces laissées libres entre les maisons et la chaussée, si bien que l'usage commun de ces terrains, — en particulier leur utilisation comme lieu de passage, — a disparu en fait. Il note qu'en tout cas, les terrains litigieux avaient acquis leur qualité de propriété privée de la commune à l'époque où la rue qu'ils bordent fut classée comme chemin vicinal, par arrêté du préfet vers 1840 ; et que, dès ce moment, ils avaient cessé d'être affectés à la circulation publique, et, en fait, après la construction de la route n'avaient plus été utilisés par les véhicules. Il n'a point jugé indispensable qu'un acte formel de l'Administration intervînt pour réaliser la désaffectation : susceptible d'être déduite d'une série de circonstances, mettant en lumière la volonté de l'Administration de désaffecter. Il constate enfin que ce passage des usoirs dans le domaine privé de la commune a mis fin à leur imprescriptibilité, à ceci près que la prescription ne peut résulter du simple exercice, même constant de la part des riverains, du droit d'accumuler des matériaux sur la surface des usoirs, mais doit être établie par des actes impliquant, de la part de leurs auteurs, l'intention de se conduire comme de véritables propriétaires, tels le pavage du terrain ou l'exercice des actions possessoires.

Ce jugement du Tribunal supérieur de Colmar, — isolé dans toute la jurisprudence sur la matière, — ne résout pas le problème d'une façon satisfaisante ; il se borne à dire, en somme, que les usoirs ne font plus partie du domaine public dès l'instant où ils sont désaffectés, (autrement dit, dès l'instant où ils sortent du domaine public, ce qui est une pure tautologie), et, en outre, que cette désaffectation n'est pas liée à des conditions de forme spéciales. De la sorte il ne fournit

aucune indication relative à la nature juridique des usoirs en particulier. Une série de décisions, rendues postérieurement par le même tribunal, qui empruntent d'ailleurs, leurs motifs à la jurisprudence des cours français, ont fixé, au contraire, d'une façon précise et objective, la position des usoirs dans la question de la domanialité.

Le Répertoire alphabétique de Dalloz, au mot « Voirie par terre » (1), parlant de la présomption que les riverains d'une voie publique ont bâti sur les bords de cette voie, en avait tiré la conséquence que, dans les communes rurales comme dans les villes, il faut considérer, jusqu'à preuve contraire, comme faisant partie des rues et places, tout le terrain compris entre les murs ou les maisons qui les bordent, alors même qu'une partie de ces terrains ne serait pas livrée à la circulation. Sur cette donnée, les tribunaux français ont jugé :

1° Qu'il existe une présomption légale que les terrains laissés par les riverains le long des rues et places publiques, en construisant des murs ou des bâtiments, dépendent de ces rues ou places publiques ; (2)

2° Que tout l'espace, quel que large qu'il soit, compris entre des constructions à droite et à gauche d'une rue, est réputé de plein droit avoir été affecté primitivement au sol de cette rue et en faire partie ; (3)

3° Particulièrement qu'on doit réputer partie de la voie publique les terrains vulgairement appelés en Lorraine usances et laissés libres devant les maisons, terrains destinés au dépôt des fumiers et des instruments d'agriculture, au stationnement des voitures, et que par suite, le droit à une telle jouissance ne donne pas celui d'élever sur ces terrains des constructions nouvelles, qui, en rétrécissant la voie publique, gênent

---

(1) Rep. Alph. Dalloz. V° Voirie par terre, n° 1537.

(2) Cass. 13 mars 1854. D. 54. 1. 114.

(3) Req. 1er mars 1842. Rep. Dalloz. V° Voirie par terre, n° 1534,

évidemment la circulation des voitures et la rentrée des récoltes. Le dispositif d'un arrêt de la Cour de Nancy du 1er Mai 1828 (1) est tout à fait significatif à cet égard.

Les motifs de cet arrêt, à eux seuls, suffiraient à faire préjuger la solution donnée en droit administratif local à la question des usoirs, dès lors que la réglementation en Alsace-Lorraine du domaine public à conservé, même après 1900, dans leur essence les principes du droit français antérieur à 1871. Effectivement, la plupart des jugements des tribunaux d'Alsace-Lorraine se sont inspiré de la doctrine française, dont ils font état complètement, quand ils ne la reproduisent pas intégralement.

C'est d'abord un jugement du Tribunal supérieur de Colmar, du 11 Décembre 1894 (2) : « Les usoirs, » même séparés par un ruisseau du reste de la rue, » font partie du domaine public, s'ils sont utilisés pour » la circulation des particuliers. Aussi une autorisation » de police est-elle nécessaire pour l'édification de toute » construction sur les usoirs, notamment pour l'instal- » lation d'une fontaine ou d'une conduite d'eau » : et l'arrêt indique en passant, — sans qu'elle soit déterminante pour ses motifs, — une ordonnance du président de district de Lorraine du 10 août 1880, qui peut être interprétée dans le même sens.

C'est ensuite un jugement du Tribunal régional de Metz, du 12 février 1897 (3) : « Suivant le développement » historique de la propriété communale, on doit admet- » tre que toute propriété communale doit être consi- » dérée comme propriété publique jusqu'à preuve du » contraire », — ou encore un jugement du Tribunal supérieur de Colmar, du 4 Octobre 1898 (4), qui cite textuellement le passage du Répertoire Dalloz relatif aux usoirs et conclut : « Comme l'usage que les

---

(1) Nancy, 1er mai 1828. Commune de Vagney contre Lambert-Pierron. Rep. Dalloz. eod. v°, n° 1537, n. 1.

(2) Juristische Zeitschrift. 20-255.

(3) Juristische Zeitschrift. 22-465.

(4) Juristische Zeitschrift. 24-144.

» riverains font de ces places, (des usoirs), avec le » consentement de la commune, n'empêche pas les » autres habitants de les utiliser selon leurs besoins » elles n'ont pas perdu leur qualité de propriété » publique imprescriptible »

C'est enfin un jugement, également du Tribunal supérieur de Colmar, du 27 Février 1901 (1), qui répète que « jusqu'à preuve du contraire les usoirs doivent » être regardés comme des dépendances de la rue et » du domaine public communal et qu'ils demeurent » hors du commerce tant qu'ils n'ont pas perdu régu- » lièrement et légalement leur destination de servir à » l'usage de tous, la disparition de cette destination » pouvant, d'ailleurs, se déduire d'un fait pur et simple, » comme l'absence prolongée de protestation de l'auto- » rité communale, au cas d'entrave totale apportée par » les riverains à la circulation du public sur les » usoirs, pourvu que la commune ait manifesté, en » même temps, sa volonté de ne plus entretenir ces » derniers en vue de la circulation, alors qu'elle » conserve en état le reste de la route ».

Nous pouvons résumer brièvement cette jurisprudence relativement abondante, en disant qu'en principe les usoirs doivent, jusqu'à désaffectation, compter parmi les dépendances du domaine public. Evidemment, ils ne remplissent pas le même office que la route proprement dite : ils sont toujours employés à la circulation du public, mais celle-ci est restreinte par la présence à la surface des usoirs de matériaux divers déposés par les riverains et dont l'existence s'explique justement par la deuxième destination de l'usoir. Mais cette deuxième destination ne peut être reliée à la première et justifier comme elle la domanialité publique : l'usoir, en tant que portion de la voie publique, est affecté à un service public, aux besoins duquel il contribue matériellement ; mais il est, en outre, soumis à l'usage gratuit, non plus de la collectivité des représentants ou des gérants des services publics,

(1) Juristische Zeitschrift. 26-310.

mais de quelques individus bien déterminés ; et ainsi il est l'objet d'un véritable droit subjectif exercé par ces individus, il semble même être grevé d'un droit réel à leur profit, d'une servitude d'origine coutumière, comme il advient parfois dans l'utilisation des parties de la voie publique et du domaine public.

3° *Les routes et chemins*

Le droit administratif local a établi une distinction entre les routes d'Etat (Landstrassen), les routes de district (Bezirksstrassen), les routes vicinales, Vicinalstrassen), les routes locales (Ortsstrassen) et les chemins ruraux (Feldwege). (1)

A. — Les routes d'Etat et les routes de district forment ensemble un groupe spécial, assujetti à un certain nombre de règles communes : elles sont administrées et délimitées par les présidents de district ; en cas de désaffectation et de mise en vente des terrains, les riverains possèdent un droit de préemption. La réglementation en matière de voirie est, en vérité, calquée sur les dispositions françaises d'avant 1871. Néanmoins, la loi d'abrogation du 29 Novembre 1899 (2), dans ses numéros 39 et 62, a fait disparaître l'obligation qui pesait sur les propriétaires riverains de planter des arbres sur le corps de la route. Par contre, bien qu'on ait soutenu que les art. 62 et 63 de la loi d'exécution du Code civil eurent pour effet d'abroger les prescriptions de la loi du 9 ventôse an XIII et du décret du 16 Décembre 1811, relatifs à la distance entre la route et les plantations, ces derniers textes sont toujours en vigueur (3). En effet, l'art. 63, en déclarant que l'interdiction de planter à moins d'une certaine distance d'un immeuble voisin ne s'applique pas aux biens-fonds en bordure de la voie publique, a fait œuvre de droit

(1) Kisch. op. cit. § 68.

(2) Gesetzblatt für Elsass-Lothringen. 1899, p. 235.

(3) Molitor, op. cit. sous l'art. 63. Rem. 4 d.

privé, et ne saurait avoir pour résultat de soumettre les immeubles riverains de la voie publique à des charges moins rigoureuses que les biens-fonds voisins d'une propriété particulière ; il a laissé intactes les règles antérieures de pur droit public, et, en exemptant les immeubles en bordure de la voie publique des servitudes de voisinage, il n'a pas eu d'autre but que de signifier nettement que les principes de droit privé concernant les rapports de voisinage restaient étrangers aux dépendances du domaine public et que celles-ci demeurent assujetties aux dispositions établies auparavant par le droit public, la loi de ventôse et le décret de 1811.

Pour une autre part, les routes d'Etat et de district ont chacune un statut propre (1). Les premières se trouvent comprises dans la « propriété publique » de l'Etat, c'est-à-dire dans le patrimoine public d'Alsace-Lorraine. Leur largeur, leur direction ne peuvent être déterminées que par une loi, qui en opère le classement ; leur déclassement peut, au contraire, résulter d'un simple décret rendu par le gouvernement du statthalter. Les secondes rentrent dans le domaine public des districts. Leur classement et leur déclassement sont effectués par le conseil de district, à moins qu'elles ne traversent plusieurs districts, auquel cas ces opérations incombent au gouvernement d'Alsace-Lorraine, qui rend une ordonnance, après avis des districts intéressés. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'entretien de ces routes est à la charge des districts.

B. — Les routes vicinales englobent toutes celles qui relient plusieurs communes entre elles ; leur régime est encore, en général, celui qui a été édicté par la loi française du 21 Mai 1836. La propriété publique en est partagée entre les différentes communes dont elles parcourent le territoire. On y distingue :

a) Les routes vicinales proprement dites, qui ont remplacé les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun, entre lesquels toute diffé-

---

(1) Kisch, op. cit. § 68.

rence a été abolie. Elles sont classées et déclassées par le Conseil de district et administrées par le président de district ; mais ce sont les communes qui font face aux dépenses causées par leur entretien ;

b) Les chemins vicinaux, classés et déclassés par le président de district, administrés et entretenus par les communes ;

C) Les routes locales et rues se trouvent à l'intérieur des localités bâties, étant entendu que les routes comprises dans les deux catégories précédentes conservent leur régime juridique quand elles traversent une localité. Elles font partie du domaine public de la commune, qui supporte leur entretien. Les opérations relatives à leur classement, déplacement, transformation, déclassement rentrent dans les attributions du Conseil municipal, dont les délibérations à ce sujet doivent être ratifiées par le président du district. L'administration en appartient au maire, qui ne possède pas cependant le pouvoir de délimitation.

D) Enfin, les chemins ruraux sont ceux qui passent au travers des propriétés particulières, soit pour faciliter leur exploitation, soit pour relier, d'une façon plus directe, deux localités. Par suite de l'absence d'une réglementation précise, telle qu'elle existe dans la législation française, leur situation juridique a donné lieu à de nombreuses controverses ; mais en cette matière comme en beaucoup d'autres, le droit local suit la jurisprudence française antérieure à 1871 (1), pour présumer la propriété privée des riverains, sur tous chemins d'exploitation ou de communication ; mais au cas même où ils appartiennent à la commune, les chemins ruraux ne dépendent du domaine public communal qu'ensuite d'une déclaration expresse de l'autorité municipale compétente (2), leur conférant cette qualité. On assimile d'ailleurs à cette déclaration formelle de volonté, le fait pour la commune de se

---

(1) Cass. 15 février 1847, D. 47. 1. 108 ; Cass. 5 juin 1855, D. 55. 1. 394.

(2) Leoni-Mandel, op. cit., p. 224.

comporter vis-à-vis de ces chemins, comme s'ils dépendaient du domaine public, pourvu qu'il n'y ait pas de protestation de la part des intéressés.

II. VOIES FERRÉES

L'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil les a mentionnées expressément parmi les dépendances du domaine public en Alsace-Lorraine. Il n'a pas suffi d'énonciation formelle pour supprimer toutes les difficultés résultant du silence du droit antérieur, sous l'empire duquel la domanialité publique des chemins de fer ne fut jamais sérieusement mise en doute. Il reste d'une part, à définir ce qu'on doit attendre exactement par « voie ferrée », puis, l'énumération de l'art. 44 n'étant pas, en principe, limitative, à rechercher si la domanialité publique ne peut être étendue à d'autres éléments du patrimoine des chemins de fer que la voie.

En Alsace-Lorraine, comme en d'autres pays, le problème se présente de la manière suivante : d'un côté, sont des chemins de fer appartenant à l'Etat qui les exploite, — c'est le cas normal ; d'un autre côté, des chemins de fer exploités par des Compagnies concessionnaires ; faut-il, dès lors, englober indistinctement dans le domaine public les voies ferrées des chemins de fer de l'Etat et d'autres collectivités publiques et celles des concessionnaires, ou bien ne réserver le bénéfice de la domanialité publique qu'aux voies de la première catégorie ? La question peut paraître étrange ; elle a néanmoins sa raison d'être, si l'on considère qu'a été discuté en Alsace-Lorraine le point de savoir si les voies ferrées des Compagnies concessionnaires entrent dans le patrimoine de la Compagnie ou dans celui de l'autorité concédante, Etat, département, ou commune (1). Nous aurons plus loin à réfuter la théorie du domaine public du concessionnaire ; il suffira de signaler ici, pour l'instant, que l'opinion de

(1) Kisch, op. cit. § 68.

Kisch, sur la possibilité pour une Compagnie de chemin de fer d'être propriétaire de ses voies ferrées, et pour celle-ci de bénéficier de la domanialité, est restée à peu près isolée, et qu'on est généralement d'accord pour ranger les voies ferrées, qu'elles soient gérées par une autorité publique ou par un concessionnaire, dans le domaine public de l'Etat, des districts ou des communes. (1)

Ce point élucidé, il y a lieu de déterminer ensuite si la qualité de dépendance du domaine public appartient à la voie ferrée seule ou n'est pas partagée par d'autres objets utilisés au cours de l'exploitation des chemins de fer : gares, ateliers, ou plus généralement bâtiments affectés au service des chemins de fer. Le principe semble avoir été mis en lumière dans un arrêté ministériel du 20 Septembre 1893 : le corps de la voie, c'est-à-dire l'immeuble sur lequel reposent les rails et ses accessoires font seuls partie du domaine public (2). Cet arrêté est, en vérité, antérieur à la promulgation de la loi d'exécution du Code civil allemand, mais, outre que l'art. 44 ne détache expressément que la voie ferrée, les commentateurs s'accordent pour reconnaître que l'arrêté ministériel a conservé toute sa portée. Ils en déduisent, — en harmonie, d'ailleurs, avec le droit administratif allemand, — les conséquences suivantes :

La voie ferrée doit s'entendre du sol et des rails qui le recouvrent, ainsi que de tout ce qui sert à protéger et entretenir le sol en bon état : talus, digues, remblais, fossés, ponts, viaducs, tunnels. Au delà l'opinion n'est plus unanime. Ainsi Otto Mayer se refuse à compter parmi les accessoires de la voie, et, en conséquence, parmi les dépendances du domaine public : les rampes d'accès ou de chargement, les voies conduisant à des ateliers de réparation ou hangars de matériel, les locaux de surveillance, les postes d'aiguillage et de

(1) Molitor, op. cit., sous l'art. 44. Rem. 6. b

(2) Ministerialerlass du 20 septembre 1893, Justiz-Sammlung, vol. 18, p. 292.

gardes-voies, même édifiés sur la voie elle-même (1). La pratique en Alsace-Lorraine, d'après Molitor, est en sens contraire, et il considère comme voie ferrée tout les « planum » jusqu'à l'endroit où il est limité par les bâtiments administratifs ; elle range ainsi parmi les dépendances du domaine public les rampes d'accès et de chargement, les chemins tracés sur la voie, les quais des gares, toutes les voies circulant tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des stations, sauf celles qui relient au chemin de fer une usine ou une fabrique particulière ou qui mènent à des mines de charbon appartenant à l'entreprise ferroviaire, enfin toutes les constructions élevées sur le planum, même quand elles servent un intérêt d'exploitation plutôt que de traction, car elles deviennent alors des accessoires de la voie. (2)

Mais, à l'inverse du droit français, la nomenclature des dépendances du domaine public du chemin de fer ne dépasse pas la voie, telle qu'elle vient d'être définie. Si importante que puisse être l'existence de certains bâtiments pour le fonctionnement du service, on ne leur reconnaît pas le caractère de domaine public : les gares de voyageurs ou de marchandises, les ateliers de réparation, les dépôts de déchargement, les dépôts de locomotives et bien d'autres immeubles de moindre importance figurent simplement parmi les éléments du patrimoine d'administration ; une protection spéciale leur est accordée, une réglementation particulière les met à l'abri de la négligence de l'Administration et des emprises du public ; les règles plus énergiques de la domanialité publique ne leur sont pas applicables.

A fortiori, les objets mobiliers, matériel roulant, stocks de charbon, outils, etc..., quelle qu'en soit la valeur, échappent à la domanialité et ne sont que propriété privée de l'Etat ou des Compagnies, selon que le chemin de fer est exploité en régie ou bien concédé.

---

(1) Eisenbahn und Wegerecht ; **Archiv für ôffentliches,** 16, pp. 80 et ss.

(2) Colmar, 17 mars 1911, **Juristische Zeitschrift,** 36-337.

III. COURS D'EAU NAVIGABLES ET FLOTTABLES

L'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil n'est pas le seul texte qui s'occupe du régime des eaux : celui-ci est organisé surtout par les lois du 2 Juillet 1891 sur l'utilisation et la protection des eaux et sur la pêche (1). Mais ces textes contiennent plutôt une réglementation générale et ne font que viser incidemment la question de la domanialité ; on y trouve néanmoins quelques indications concernant l'affectation et la déclaration de navigabilité.

L'art. 44 déclarant du domaine public les cours d'eau navigables ou flottables, il ne devrait y avoir lieu, pour rechercher les cours d'eau compris dans le domaine public, que de s'inspirer d'une question de fait : la navigabilité ou la flottabilité. Les auteurs prétendent souvent que les conditions naturelles de cette navigabilité ou flottabilité doivent être constatées formellement par l'Administration. Ils s'appuient sur la loi relative à la pêche, dont l'art. 4 attribue au statthalter le pouvoir de dresser la liste des cours d'eau navigables et flottables. (2)

En réalité, les art. 1 et 4 de la loi de 1891 n'ont pas plus la portée qu'on leur prête que la loi sur la pêche de 1829 qu'ils ont remplacée. L'objet de la loi de 1891 est précis et spécial : c'est d'établir les droits respectifs des particuliers et de l'Etat quant à la pêche dans les cours d'eau ; pour éviter toute contestation à ce sujet, le législateur a prescrit que l'Administration établirait un relevé des cours d'eau, dans lesquels le droit de pêche serait exclusivement attribué à l'Etat, sous certaines tolérances. Mais à aucun endroit de la loi, il n'est fait allusion à la domanialité des cours d'eau, qu'elle n'avait aucune raison de trancher à propos de la pêche. En outre, l'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil,

---

(1) Gesetz betreffend Wasserbenutzung und Wasserschutz, **Gesetzblatt für Elsass-Lothringen,** 1891, p. 82 ; Fischereigesetz, ibid., p. 69.

(2) Ordonnance du 30 octobre 1891. **Gesetzblatt,** 1891, p. 124.

qui est postérieur à la loi du 2 Juillet 1891, ne pose pas d'autres conditions à l'entrée des cours d'eau dans le domaine public que leur navigabilité ou leur flottabilité. Rien, dans la loi elle-même ou dans les travaux préparatoires ne permet de présumer que le législateur ait eu alors l'intention de subordonner l'accès des cours d'eau à la domanialité à un acte formel et déclaratif de l'Administration.

Mieux vaut donc conclure avec Molitor (1) et Fischbach que l'absence de toute déclaration de la part de l'Administration ne saurait empêcher un cours d'eau, effectivement navigable ou flottable, d'être englobé dans le domaine public, mais que la mention d'un cours d'eau porté comme navigable ou flottable sur les listes officielles lui confère, en tout état de cause, le caractère de dépendance du domaine public.

Un cours d'eau n'entre dans le domaine public qu'au point où son tirant d'eau est suffisant pour que des bateaux puissent naviguer ou des radeaux flotter à sa surface. Cette règle est tempérée pour des motifs d'ordre pratique : la navigabilité de la partie inférieure d'un cours d'eau étant conditionnée par le volume des eaux de la partie plus en amont et non navigable, l'Administration ne peut se désintéresser de cette dernière et tolérer sur son cours l'exécution de travaux, qui seraient de nature à gêner la navigation sur la portion navigable (2), ce qui peut amener à considérer comme élément du domaine public des cours d'eau qui ne rentrent pas dans la catégorie prévue par l'art. 44.

De même, toujours en se référant à la loi sur la pêche, on a été conduit à dire : 1° que les bras-morts, vieilles eaux, fossés, etc..., qui ne sont pas propres à la navigation, empruntent le caractère de domaine public aux cours d'eau navigables, avec lesquels ils sont en communication : une ordonnance du 17 Sep-

---

(1) Molitor, op. cit., sous l'art. 44. Rem. 6 c. ; également, Huber, **Die Wassergesetze Elsass-Lothringens**, 1892, p. 85.

(2) Huber, op. cit., p. 76.

tembre 1898 (1) a donné le relevé de ces dérivations de cours d'eau qui doivent se voir attribuer la qualité de dépendances du domaine public ; elle en a exclu expressément un certain nombre ; 2° à admettre aussi au bénéfice de la domanialité publique en qualité d'accessoires : les ports construits dans le lit d'un fleuve ou d'une rivière, les établissements de bains, les abreuvoirs, les quais, enfin les digues qui, éventuellement, bordent le cours d'eau. (2)

La déclaration de navigabilité est de la compétence du président de district ; celui-ci ne peut se prononcer arbitrairement, il est tenu de fixer les limites des cours d'eau à l'intérieur des lignes que le fleuve ne peut dépasser sans être considéré comme en état d'inondation. Si l'arrêté du président de district ne respecte pas cette limite, les propriétaires riverains lésés peuvent obtenir des dommages et intérêts pour violation de leurs droits, mais non pas faire rapporter la mesure administrative ; c'est une théorie de l'expropriation indirecte. (3)

Contrairement à ce qui se passe pour les routes et les chemins de fer, aucune distinction n'est faite entre les cours d'eau navigables et flottables suivant les administrations ou les autorités qui en ont la garde ou la propriété : du moment qu'un cours d'eau est navigable, il entre dans le patrimoine de l'Etat. On pourrait imaginer cependant que le cours d'eau fût divisé en autant de tronçons qu'il traverse de provinces, de districts ou même de communes et que chacune de ces circonscriptions en détînt la gestion pour la partie qui l'arrose. La question se pose pratiquement surtout pour un Etat fédéral, au cas où un fleuve ou une rivière parcourent plusieurs Etats particuliers ; le droit allemand a tranché cette question habilement en déclarant que le lit des cours d'eau navigables et flottables est une res nullius, tout comme l'eau courante. La même

(1) Gesetzblatt für Elsaas-Lothringen, 1898, p. 91.
(2) Huber, op. cit., p. 77.
(3) Colmar, 4 octobre 1898, Juristische Zeitschrift, vol. 25, p. 143.

difficulté pourrait se rencontrer dans un Etat simple, si celui-ci, surtout, s'est constitué par la réunion de collectivités qui jouissaient, avant leur fusion dans l'Etat, des prérogatives de la souveraineté : la ville de Metz, il y a une vingtaine d'années, a prétendu posséder sur un bras navigable de la Moselle des droits de souveraineté tels qu'elle a voulu exclure toute utilisation du courant par le fisc militaire sans son autorisation ; la ville puisait ses droits dans l'« Atour » du 21 Juin 1425, intervenu entre Metz, alors ville libre du St-Empire, et les « tréfondeurs et héritiers des moulins et des ponts de la rivière de Moselle » : Aux termes de cet acte, la ville se chargeait d'entretenir elle-même la digue de Wadrineau, qui permettait de faire affluer dans le bras de la rivière une quantité d'eau suffisante à la marche des moulins, et elle achetait les douze moulins qui s'y trouvaient pour les exploiter elle-même, tout en interdisant aux habitants d'en construire et d'en faire usage depuis Moulins jusque Saint-Julien. Le Tribunal Supérieur de Colmar, dans un arrêt du 23 Mai 1900 (1), a rejeté la demande de la ville de Metz, en estimant que l'incorporation définitive de Metz à la France, en 1648, avait eu pour effet de faire passer au roi tous les droits de souveraineté, auxquels, jusqu'alors, elle avait pu prétendre. Le Tribunal ne retient pas l'argument tiré de « lettres patentes », dont les unes sont antérieures à la paix de Westphalie, et dont la dernière, émanée de Louis XIV, aurait conservé à la ville tous ses privilèges antérieurs, ces lettres ne déterminant pas avec précision la nature des droits dont il s'agit. Au surplus, il s'appuie, soit sur l'ordonnance des eaux et forêts de 1669, qui déclare « biens de la couronne » toutes les rivières pouvant porter bateau, par suite de leur état naturel et sans le secours d'aucune construction, soit sur le décret des 22 Novembre-1er Décembre 1790 et la loi des 28 Septembre-6 Octobre 1791, qui considérant comme partie du domaine national tous les cours d'eau navigables sans exception.

---

(1) Colmar, 23 mai 1900, 25-431.

ont fait disparaître la condition que la navigabilité soit produite « sans artifices et ouvrages de mains ».

Si cet arrêt paraît fondé en refusant à la ville de Metz les droits d'un Etat souverain sur un cours d'eau navigable, il peut être critiqué pour la partie où il lui dénie toute autre espèce de droit. Il semble, en effet, que la ville de Metz possédait, bien avant son incorporation à la France, au moins des droits d'usage sur la partie de la Moselle qui traverse son territoire et, comme l'établissement de ces droits remonte à une date antérieure à l'Edit de Moulins, il n'y a aucune raison valable pour en refuser la jouissance à la ville, le droit local alsacien-lorrain reconnaissant, comme le droit public français, tous les droits réels grevant des dépendances du domaine public reposant sur des titres existant avant 1566.

IV. Canaux de navigation. — Ports

Tous, en Alsace-Lorraine, rentrent dans le domaine public fluvial. Il n'y a donc lieu qu'à distinguer parmi les canaux, comme en droit français, ceux qui sont construits et entretenus par l'Etat, ou concédés par lui à des particuliers ou des associations, de ceux qui sont creusés et exploités par des Compagnies : au reste, la distinction est plus théorique que pratique et la solution diffère avec les auteurs, Kisch, par exemple, n'admettant la domanialité publique que pour la première catégorie, tandis qu'Hüber regarde les uns et les autres comme des dépendances du domaine public. (1)

Les bassins d'alimentation des canaux occupent la même situation juridique que ces derniers.

V. Fortifications

Selon l'art. 44 de la loi d'exécution, et de même qu'en France, sont considérés comme accessoires de

---

(1) Kisch, op. cit., § 129 ; Hüber, op. cit., p. 85.

la fortification, et, en conséquence, comme éléments du domaine public, tous les bâtiments érigés sur son terrain : casernes, dépôts de munitions, arsenaux, et aussi les chemins stratégiques, chemins couverts, etc...

La « propriété publique » des fortifications appartient au fisc militaire représentant l'Empire. Le fait que les villes peuvent être propriétaires des anciens remparts qu'elles ont fait édifier elles-mêmes au moyen-âge pour parer à leur défense, ne présente plus aucun intérêt : toutes les fortifications pouvant rentrer dans cette catégorie ont été depuis longtemps déclassées et, par le fait même, exclues du bénéfice de la domanialité publique.

VI. Édifices du culte

L'art. 44 de la loi d'exécution a, quant à ce, entendu réparer une lacune des textes législatifs antérieurs. Toute une série de conditions est imposée en droit local pour qu'un édifice religieux devienne dépendance du domaine public.

En premier lieu, l'édifice doit être d'un culte légalement reconnu ; actuellement encore, il existe quatre cultes reconnus par la loi en Alsace-Lorraine : le culte catholique, le culte de l'Eglise de la Confession d'Augsbourg, le culte de l'Eglise réformée et le culte israélite. Le droit antérieur à 1900 restreignait le bénéfice de la domanialité aux édifices du seul culte catholique, et les commentateurs le fondaient sur les art. 12 du Concordat, 75 et 77 des Organiques du 18 Germinal an X. Les rédacteurs de l'art. 44 ont voulu innover, en faisant valoir que la distinction précédemment admise ne se justifiait pas. (1)

En deuxième lieu, le culte célébré dans l'édifice doit être public. Cette condition nécessaire est, en même temps, suffisante. La publicité du culte se déduira de circonstances de fait et non du qualificatif qu'il aura

---

(1) Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen. 1898. I. Projet n° 12, p. 27 et ss.

plu aux organisateurs de donner au culte dont ils assurent l'exercice. La condition est suffisante, en ce sens qu'il n'est pas indispensable que l'édifice soit la propriété de l'Etat, de la commune ou d'une autre personne morale publique. En fait, font partie du domaine public : les églises cathédrales, qui appartiennent à l'Etat (1) ; les églises catholiques des paroisses, les temples protestants et les synagogues, qui appartiennent, soit aux communes, soit à des communautés ecclésiastiques. (2)

En troisième lieu, la célébration du culte doit avoir lieu à l'intérieur d'un bâtiment. Sans bâtiment, sans construction, la domanialité n'aurait point de base. Mais qu'entendre par bâtiment ? D'abord, et naturellement, le bâtiment lui-même, puis ses fondations, même quand elles s'étendent, — cas fréquent pour les églises anciennes, — sous la propriété privée, et les arcs-boutants, s'il s'en trouve ; enfin les clochers, même séparés du reste de l'édifice. En outre, sont regardés comme accessoires du bâtiment et partageant son affectation, les cloches et les orgues, qui revêtent, en quelque sorte, le caractère d'immeubles par destination.

Il n'est pas inutile de remarquer que ces dispositions sont appelées à être appliquées encore pendant un certain temps, le Concordat de 1801 étant toujours en vigueur en Alsace-Lorraine. Même, après l'abrogation du Code civil allemand et de la loi d'exécution, les églises catholiques tout au moins, continueront à être englobées dans le domaine public : il n'y aurait aucune raison valable de ne pas adopter cette solution, traditionnelle en France avant la loi de séparation des Eglises et de l'Etat, puisque l'existence du Concordat transforme l'exercice du culte catholique en un véritable service public. (3)

---

(1) J. Bredt. Das Eigentum am Strassburger Münster.

(2) Molitor, op. cit. sous l'art. 44, Rem. 6 d ; Kisch, op. cit. § 68.

(3) Cf. Delpech. Le régime religieux en Alsace et Lorraine, dans la Revue des Jeunes du 10 janvier 1919.

VII. Cimetières

Des édifices du culte on peut rapprocher les cimetières. Le droit romain les qualifiait de « res religiosæ », voisines des temples « res sacræ » ; l'art. 44 les passe sous silence. Toutefois, soutenir de ce chef qu'ils ne sont plus en Alsace-Lorraine, dépendances du domaine public, constituerait une erreur. Lors de la discussion du projet de loi d'exécution du Code civil à la Commission de la Délégation, quelques députés proposèrent d'ajouter expressément les cimetières à la liste de l'art. 44 ; le représentant du gouvernement fit valoir que cette mention n'était pas nécessaire, puisque, d'une part, il n'y a aucun doute que les cimetières communaux sont compris dans le domaine public, et d'autre part, que l'art. 44 n'était pas limitatif ; finalement, l'introduction des cimetières dans l'énumération législative n'a pas paru opportune, car une formule générale aurait pu avoir comme effet d'étendre le caractère de dépendances de domaine public à des cimetières qui ne le possédaient certainement pas avant 1900. (1)

VIII. Batiments publics

Le caractère non limitatif de l'art. 44 de la loi d'exécution a déjà permis de considérer comme des dépendances du domaine public des objets omis dans son énumération. Mais, sauf en ce qui concerne les cimetières, l'importance de ces objets n'était pas très grande — au contraire, quantité d'immeubles se présentent, qui, grâce à leur étendue, leur valeur, leur usage ont acquis une influence telle, qu'elle semblerait justifier, de prime abord, leur incorporation au domaine public ; ce sont tous les bâtiments affectés aux services publics : écoles, universités, palais de justice, tribunaux, musées, théâtres, etc... Le problème n'est

---

(1) Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen 1898, 2e volume, pp. 933 et ss. Rapport de la commission.

pas embarrassant ; les travaux préparatoires, en effet, ne laissent subsister aucun doute sur le sort réservé, au point de vue domanial, aux bâtiments administratifs. L'exposé des motifs indique nettement et en termes précis que « les bâtiments affectés à un service » public autre que celui des cultes ne constituent pas » un élément du domaine public ». Le législateur a donc entendu exclure du domaine public les diverses constructions des services administratifs, de façon à être en harmonie « avec la conception juridique » actuelle qui tend à réduire le plus possible le » nombre des res extra commercium » (1). Ainsi la liste de l'art. 44 n'est pas susceptible d'être allongée d'une façon notable ; on peut se demander dès lors pourquoi ses rédacteurs lui ont donné une forme qui permet d'en déduire qu'elle n'est pas limitative. Il semble qu'à cet égard l'intention du législateur ait été double : d'un côté, énumérer les choses, qui, à l'époque où il légiférait, faisaient indubitablement partie du domaine public, d'un autre côté, laisser à la jurisprudence et à la doctrine la faculté et le soin d'élargir sa nomenclature, au fur et à mesure que le besoin s'en ferait sentir. Une liste arrêtée une fois pour toutes eût été un obstacle au développement de services publics futurs, dont le matériel, immobilier ou mobilier, réclamerait une protection vigoureuse ; il conviendra et il suffit de s'inspirer pour juger, par la suite, des cas imprévus ou imprévisibles en 1900, d'où a été tiré déjà le critérium de la domanialité publique.

L'application stricte de ce critérium risquerait de conduire à conférer la qualité de domaine public à certains bâtiments ou à des immeubles, affectés à l'usage de tous ou à un service public, cet usage ou l'objet du service s'incorporant dans le bâtiment ou l'immeuble lui-même : Ne semble-t-il pas que toutes les conditions qui permettent l'application des règles de la domanialité publique, se trouvent réunies, pour un moment offrant un caractère exclusivement histo-

(1) Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen 1898, 1er vol., projet nº 12, pp. 27 et ss.

rique ou artistique, pour une ruine remarquable, par exemple Il n'en est rien ; l'une au moins fait défaut : la réalisation du but, — esthétique, artistique, — poursuivi par la conservation de l'objet, n'est pas essentielle à la vie normale de l'activité à l'heure présente. La jurisprudence locale n'a jamais eu à se prononcer sur des cas semblables, mais les tribunaux allemands, — et en particulier le tribunal d'Empire, — qui n'ont pas adopté pourtant aussi délibérément le même critérium sont en ce sens. (1)

Néanmoins, comme il n'est pas possible que des objets de nature artistique ou historique incontestable subissent les atteintes des particuliers, sans avoir d'autre sauvegarde que les règles ordinaires du droit privé, l'art. 304 (2) du Code pénal allemand avait prévu des pénalités pour toutes les détériorations qui leur sont causées d'une façon préméditée ; c'est à bien prendre une preuve de plus que les monuments historiques ne jouissent pas de la protection qui couvre toutes les dépendances du Domaine public.

IX. Meubles

On conçoit difficilement que des objets mobiliers puissent faire partie du Domaine public, dont la notion éveille presque nécessairement l'idée d'immeuble. Néanmoins la jurisprudence française, qui admet la domanialité publique pour certains meubles : manuscrits de la Bibliothèque Nationale, tableaux du Louvre, etc..., est suivie en Alsace-Lorraine par un seul auteur, Geigel, d'après lequel sont hors du commerce « les » imprimés, manuscrits et autres objets d'une valeur » scientifique ou historique, déposés dans les archives

---

(1) Reichsgeritch, 6 oct. 1885, **Reichsgeritchsentscheidungen** : 14-214.

(2) Cet article a été abrogé au moment de l'introduction des lois pénales françaises ; les monuments historiques d'Alsace-Lorraine ne resteront cependant pas sans protection si la loi française du 20 mars 1887 est appliquée.

» bibliothèques, ou musées publics, ainsi que tous les » ornements et tableaux situés dans les édifices du » culte ». Bien que son ouvrage soit postérieur à 1900, il s'appuie sur d'anciens arrêts français ou belges, et, négligeant toutes les modifications apportées par la loi d'exécution du Code civil aux règles antérieures, il considère que celles-ci subsistent, au moins comme « règles coutumières du droit public de la rive gauche » du Rhin ». (1)

Cette opinion, isolée du reste, n'est pas soutenable : — Les travaux préparatoires de la loi d'exécution démontrent que sciemment le législateur a passé sous silence tout objet mobilier dans la liste de l'art. 44 (2). Il avait d'ailleurs, pour procéder ainsi, ces excellentes raisons que les objets mobiliers, présentant une valeur artistique, historique ou scientifique ne sont pas dépourvus de toute protection, attendu qu'aux termes des art. 935 et 937 du Code civil allemand des meubles de cette nature pourront être revendiqués pendant dix ans, au cas où ils auraient été perdus ou volés. C'est une garantie suffisante, avec laquelle celle résultant du classement dans le domaine public eût fait double emploi, si elle avait été admise.

---

(1) **Reichs und Reichsländisches Kirchen : und Stiftungs recht** 1899, pp. 126, note 3, 134, note 1.

(2) Même note que p. 74, note 1.

CHAPITRE III

Le droit de l'Administration sur les dépendances du domaine public

Les doctrines formulées par les auteurs de droit local alsacien-lorrain, sont brèves et rares. En faire un examen ne suffirait pas à épuiser ni même à esquisser la question posée en ce chapitre. Ces auteurs, en effet, s'inspirent non seulement de la jurisprudence locale, en vérité peu abondante ; mais aussi de théories purement allemandes, dont le point de départ est pourtant foncièrement différent de leur droit local : pendant plus de quarante années d'occupation, les conceptions, française et germanique, n'ont pas manqué de se pénétrer réciproquement et de réagir l'une sur l'autre. Sur un terrain où les textes sont muets, où la jurisprudence n'a presque jamais l'occasion de se prononcer, les doctrines apparaissent comme maîtresses.

C'est là un fait dont il faut tenir compte. C'est pourquoi il est indispensable d'examiner, ne serait-ce qu'à titre purement documentaire, les théories émises en Allemagne aussi bien que celles qui ont vu le jour en Alsace-Lorraine. Nous nous sommes efforcés de les grouper et de les ordonner suivant la solution qu'elles préconisent, — tâche ingrate si l'on songe à l'obscurité et à l'imprécision des écrits des publicistes et des civilistes en la matière.

§ I. — La thèse de la propriété privée de l'État.

Elle assimile le droit de l'Administration sur les dépendances du domaine public à un simple droit de propriété privée, tempéré ou limité, il est vrai, par une série de disposition sur la nature desquelles les auteurs sont loin d'être d'accord. Néanmoins, quelles que soient les divergences vers lesquelles cette théorie a pu conduire les juristes qui l'admettent, elle s'explique toujours par le même motif : la difficulté à voir dans le lien qui unit un bien à une personne autre chose que l'un des droits réels prévus par le droit civil. Il faut reconnaître immédiatement, d'ailleurs que, la manière d'envisager et de comprendre ce droit de propriété de l'Administration est extrêmement variable. Les auteurs s'efforcent d'accommoder à leur solution toutes les prescriptions du droit positif qui impriment à ce droit de propriété sa physionomie caractéristique. Du chaos des opinions émergent cependant cinq systèmes.

I. Propriété grevée d'une charge de droit civil, l'extra-commercialité

Ce point de vue, abandonné presque généralement après la mise en vigueur du Code civil de 1900, a été surtout celui des pandectistes allemands. Ceux-ci fondaient le droit de propriété de l'Etat sur ce texte de droit romain d'après lequel l'inventeur d'un trésor dans un lieu appartenant à César, au fisc, ou dans un locus publicus, recevait la moitié de sa trouvaille, comme s'il l'eût mise au jour dans un immeuble appartenant à un particulier, tandis que l'autre moitié revenait soit à l'empereur, soit au fisc, soit à l'Etat (1).

(1) « Et convenienter si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Qui conveniens est, ut si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisco, vel civitatis » (Institutes, 39-2-1).

En cette occurrence, l'Etat paraissait donc être assimilé à un propriétaire privé et les pandectistes en avaient déduit, peut-être un peu trop facilement, qu'il devait en être ainsi de tous les rapports entre l'Etat et les dépendances du domaine. Mais si férus de droit privé qu'ils fussent, ils ne pouvaient cependant admettre au profit de l'État l'idée d'un droit de propriété sans aucun correctif. Aussi grèvent-ils ce droit de propriété d'une charge, mais d'une charge empruntée au droit civil, l'extracommercialité : les choses publiques se trouvent dans la propriété privée de l'Etat, mais elles sont hors du commerce (1). Ils négligeaient au surplus de donner une base à cette extracommercialité ; néanmoins, ils furent suivis par quelques germanistes (2) et par des canonistes (3) et leur opinion semble avoir été reproduite dans certaines décisions du Tribunal de l'Empire, dont la jurisprudence est loin d'être parfaitement établie. (4)

Cette conception, pourtant, était insoutenable ; rien ne s'oppose de prime abord à ce que les dépendances du domaine public soient de la part de l'État l'objet d'une propriété privée; mais il est profondément illogique de vouloir protéger des choses, au premier chef institutions de droit public, par de simples règles de droit privé. Au reste, tous ces systèmes devaient tomber avec l'apparition du Code civil ; ce dernier en effet ne laissait subsister aucune autre disposition de droit civil que celles qu'il avait expressément maintenues. Dès lors, si l'on s'en était tenu à cette première théorie, le domaine public aurait été désormais dépourvu de toute protection particulière. C'est pour-

---

(1) Crome. System des bürgerlichen Rechts I 302 ; De même Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I § 146 ; Puchta, Pandektenrecht § 35 ; Seuffert, Praktisches Pand. Recht § 97 ; Bekker, System des Pandektenrechts § 77 ; Wœchter, Pandekten I § 60.

(2) Stobbe. Handbusch, I. § 64.

(3) Müller. Uber das Privateigentum an Katholischen Kirchengebaüden. Thèse Heidelberg, 1883.

(4) Reichsgericht 1881. Seufferts Archiv 37-131 ; Reichsgericht 1882. Seuffert's Archiv 37-285.

quoi elle a été presque universellement répudiée ; un seul auteur lui est resté fidèle, Windscheid, qui, conséquent avec lui-même, conclut à l'inexistence depuis le Code civil de toute protection spéciale du domaine public (1).

II. Propriété privée avec affectation et indisponibilité corrélative

La conséquence parfaitement rigoureuse qu'avait déduite Windscheid de ses prémisses présente un défaut très grave : elle entraînait la disparition du domaine public, en tant qu'institution juridique pourvue d'un statut spécial ; aussi un certain nombre de juristes, tout en maintenant le droit de propriété privée de l'Etat sur les dépendances du domaine, orientèrent la théorie dans une autre direction. La conception précédente, du reste, était critiquable bien avant l'apparition du Code civil ; en frappant les choses publiques d'une extracommercialité absolue, elle allait à l'encontre de la pratique administrative journalière. L'extracommercialité, en effet, telle que la comprenaient les pandectistes, excluait tout pouvoir du propriétaire de disposition sur la chose, et cependant l'Administration concédait à des particuliers sur la chose publique des droits qui dépassaient la capacité d'utilisation que l'on pouvait retirer de la chose en s'en servant conformément à sa destination. La théorie ne cadrait pas avec les faits.

Pour remédier à cet inconvénient on continua d'admettre que les choses publiques étaient propriété privée de l'Administration, mais on ne songea plus à les protéger en les mettant totalement hors du commerce ; aux yeux des auteurs qui partagent cette deuxième théorie, leur extracommercialité n'est que partielle (2) ; elle n'entre en action que du moment où

(1) Op. cit. § 147.

(2) Wappæus (Dem Rechtsverkehr entzogene sachen, p. 46) emploie l'expression « partiell extrakommerziale sachen ».

la destination de la chose est mise en jeu. Des droits réels peuvent être fondés au profit de tiers sur les dépendances du domaine public, mais celles-ci ne peuvent être détournées de leur affectation par des actes ou des faits juridiques ressortissant du droit privé (1). Ce concept, mis en lumière par Dernburg, a été exprimé également, et à peu près dans les mêmes termes, par d'autres juristes, notamment Regelsberger et Hœlrer (2). Il a été adopté plusieurs fois aussi par la jurisprudence du Tribunal de l'Empire, toujours très flottante sur ces questions (3). Il fut précisé par le professeur Biermann, dans l'opuscule déjà cité sur les choses publiques (4) : les faits et les actes juridiques contraires à l'affectation de la chose sont nuls d'une nullité absolue. Partant de là, il admet d'abord que les emprises des tiers sur la chose, qui respectent sa destination ne peuvent être arrêtées que par des moyens connus du droit civil ; ensuite que tout acte par lequel l'Administration dispose en totalité ou en partie de la chose est valable pourvu que l'affectation en soit intégralement conservée. Ainsi l'Administration peut autoriser les occupations du domaine public qui ne restreignent pas ou n'entravent pas son affectation (5) ; c'est ainsi même que la chose publique peut être totalement aliénée, à condition que son affectation demeure. En ce sens un jugement du Tribunal de l'Empire a validé la vente, qui avait été consentie à un particulier, d'une église catholique, avec la clause que l'édifice religieux continuerait d'être consacré au culte public. (6)

La théorie de Biermann est satisfaisante au moins

---

(1) Dernburg. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichsund Preussens. III § 7, pp. 26 et ss.

(2) Regelsberger. Pandekten. I, p. 425 ; Hœlder. amt. selbstverwaltung und juristische Person in Archiv für öffentliches Recht. 21, pp. 322 et ss.

(3) Reichsgerichtsentscheidungen. 8.200 ; 31.217 ; 27.258.

(4) Biermann. Die öffentlichen sachen. Giessen 1905.

(5) Reichsgerichtsentscheidungen 14.162.

(6) Reichsgerichtsentscheidungen 31.220.

par deux côtés : en premier lieu, on ne peut lui adresser tout à fait le même reproche qu'à la conception des pandectistes ; il semble, en effet, de prime abord, que l'unification du droit civil réalisée par le Code ne porte aucunement atteinte à la propriété des choses publiques conçue de cette manière ; le principe d'extracommercialité totale avait été emporté par la codification ; cette fois, il ne s'agit plus que d'une extracommercialité partielle, limitée au besoin de sauvegarder l'affectation. C'est précisément le second mérite de la doctrine de Biermann d'avoir fait ressortir cette idée d'affectation, capitale en matière de domanialité publique, d'avoir circonscrit les effets de l'extracommercalité aux nécessités de la pratique administrative, et ainsi d'avoir répondu à la tendance du droit moderne allemand de restreindre le plus possible le nombre de choses hors du commerce. Cependant, le procédé employé par cet auteur pour justifier l'indisponibilité relative du domaine public demeurait encore sujet à une critique : incapables d'imaginer la propriété autrement que sous sa forme civiliste, ils se sont en quelque sorte mépris sur la véritable nature de l'affectation, en présentant l'indisponibilité, qui en résultait, comme un principe de droit civil. Poussés par leur désir de tout ramener au droit privé, ils ne se sont pas aperçus qu'ils tombaient dans la même erreur que les pandectistes, — erreur grosse des mêmes conséquences et propre à empêcher leur théorie d'être viable.

III. Propriété privée limitée dans son action par des moyens du droit public

La faiblesse des deux théories précédentes résidait dans ce fait que leurs promoteurs faisaient intervenir pour justifier le statut spécial des dépendances du domaine public, un facteur purement civiliste. Afin d'échapper aux critiques qu'elles attiraient, d'autres défenseurs de la propriété privée de l'Administration sur les choses publiques ont construit un système plus solide. Comme Biermann, ils ont remarqué l'intérêt

de sauvegarder d'une manière particulière, non pas tant la chose elle-même que son affectation ; mais cette sauvegarde, ils se sont gardés d'aller la chercher dans le droit civil : le droit privé positif était muet à cet égard ; toute tentative d'innover sur ce terrain risquerait fort d'avorter depuis la codification ; ce n'est pas, d'ailleurs, l'affaire de la législation civile de réaliser cette sauvegarde. Les dépendances du domaine public sont affectées à des services publics et ceux-ci sont mis en œuvre par l'Administration. C'est donc à cette dernière d'assurer leur protection, le maintien de la chose à son but, et au droit public de faire l'œuvre impossible au droit privé.

Gierke est le juriste qui a développé le plus clairement et vigoureusement cette idée (1). Pour lui, les choses publiques sont celles qui sont affectées à l'usage de tous ; il leur assimile les fortifications. Les unes et les autres sont propriété privée de l'Etat ou d'une autre collectivité publique, « mais elles ne sont assu- » jetties au droit commun des choses que dans les » limites posées par le droit public au droit privé, » afin de garantir le maintien de la chose à l'usage » public ». Il n'essaie pas, comme l'avait fait Shering, de personnifier « l'usage commun », de le représenter comme un sujet de droit au profit duquel certaines charges sont imposées comme des servitudes au propriétaire des dépendances du domaine public ; il refuse au public tout droit immédiat sur la chose. Il veut organiser, réglementer l'emploi que le propriétaire de la chose publique prétend en faire et pour cela il limite les droits de ce propriétaire par des règles de droit public. L'Etat est propriétaire du domaine, mais en sa qualité de détenteur de la puissance publique, il exerce la police de ce domaine — la police de la voirie, la police fluviale, etc., et lui-même enferme son droit dans des barrières, constituées par des principes de droit public, pour être plus exact, par des règlements de police.

C'est approximativement la même idée qui fait le

---

(1) Gierke Deutsches Privatrecht II, pp. 20 et ss.

fond de la pensée de Jellinck : « La propriété publique » n'est rien d'autre que la propriété privée avec des » limitations publicistiques en ce qui concerne l'emploi » et les moyens » (1). Un autre auteur, Burckhard, également partisan de la propriété privée de l'Administration, oppose l'usage public à ce droit de propriété : « L'usus publicus, parce qu'il appartient au » droit public, est tellement puissant, qu'il annihile » tous les rapports de droit privé là où ils se pré- » sentent à lui comme un obstacle » (2). De même le tribunal de l'Empire a jugé le 23 février 1880 que « la propriété privée de l'Etat sur les choses publiques » est soumise à des restrictions et que ces choses sont » toutes placées sous la puissance de l'Etat, grâce à » sa souveraineté de droit public » (3 et 4).

Les critiques adressées aux deux premières théories ne sont plus applicables ; le système se présente avec beaucoup de cohésion : d'un côté le droit de propriété privée de l'Administration avec toutes ses prérogatives ; de l'autre les pouvoirs de police de l'Administration, qui viennent renforcer ce droit de propriété. Il est indéniable, qu'ainsi édifiée la protection du domaine public est énergiquement assurée contre les emprises des tiers; on peut, par contre, douter qu'elle le soit au même degré contre les actes de l'Administration ; peut-être même, les mesures prises par l'Administration contre les tiers ne possèderont pas toujours toute l'efficacité désirable : ainsi que le fait remarquer Otto Mayer (5), dans un Etat où règne le droit, où la règle juridique est respectée, les règlements de police ne peuvent rien contre un droit acquis.

---

(1) Verwaltungs archiv 1897, p. 311.

(2) Grünhut's Zeitschrift, vol. 15, p. 645.

(3) Reichsgerichtsentscheidungen 1. 367.

(4) On peut encore mentionner parmi les autres auteurs moins connus qui se sont inspirés de cette théorie : Luthardt, Blatt für Administratives Praxis XX, p. 321, p. 326 n. 7 ; Enneccerus, Bürgerliches Recht, I § 46.

(5) Der gegenwærtige stand der Frage des œffentlichen Eigentums. Archiv für offentliches Recht, 21, p. 512.

IV. Propriété " associative " des usagers

Les théories précédentes ne sont pas marquées d'une empreinte spécialement germanique ; elles pourraient, mutatis mutandis, être transposées en droit français, sans témérité excessive. Un auteur et non des moindres, von Shering, à l'occasion d'un différend célèbre entre les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, a donné au statut des choses publiques une physionomie qui rappelle une institution de l'Allemagne du Haut Moyen-Age, l'allmend. La conception romaine très développée des res publicæ ne pouvait convenir à l'esprit des habitants de l'Allemagne du Moyen-Age, encore très peu avancés au point de vue juridique, habitués surtout par le régime féodal à ignorer toute distinction du droit privé et public. Là où il n'y a place que pour des rapports contractuels, la majesté du peuple, qui avait été le germe de toutes les règles de droit public à Rome, devait fatalement disparaître ; la civitas passe à l'arrière plan. Néanmoins, il existait des collectivités à caractère plus associationnel que politique, réalisées dans leur forme la plus primitive par les communes locales de paysans. Ces communautés possédaient un patrimoine « en main commune » (zur gesamten Hand) qui n'appartenait à aucun des associés et était utilisé par tous : l'allmend. Ce patrimoine comprenait notamment les chemins, les rues, les places. Dans les villes il prit une plus grande extension : les fontaines, les marchés, les lavoirs, même les remparts, les portes, les beffrois, qui servaient à la communauté sans se trouver affectés directement à l'usage de tous les bourgeois, furent considérés comme **allmend** (1). L'allmend était « propriété en main commune », forme particulière de la propriété collective, propre aux anciennes communautés germaniques, qui apparaît encore aujourd'hui en droit commercial allemand dans les sociétés de personnes ; le groupe, ville ou village, était titulaire de ce droit

(1) Gierke, Genossenschaftsrecht II, p. 678, note 105.

de propriété, et les biens eux-mêmes étaient soumis à la surveillance des autorités constituées du groupement. Avec la renaissance du droit romain cette notion des choses publiques se modifia. On revint à l'idée romaine, telle que la concevaient les commentateurs de l'époque, et qui définissait les choses publiques « celles dont la propriété et l'usage appartenaient au peuple tout entier... (1) qui devaient leurs prérogatives à sa majesté ». La majestas populi étant devenue l'apanage des princes, ceux-ci héritèrent, de ce fait, de la propriété des choses publiques ; l'usage en fut laissé cependant aux sujets auxquels le prince l'avait concédé (2), de telle sorte que ce dernier avait non seulement la surveillance et la « régale » des choses publiques, et en était en outre propriétaire privé.

Cette doctrine ne passa pas sans opposition. Certains auteurs continuèrent à prétendre que le prince n'avait que la « jurisdictio » sur les choses publiques, et que de ces res publici la propriété était aux usagers. (3)

La conception de l'allmend fut reprise par von Ihering, à propos du procès de Bâle (4) : « l'ayant-droit » des choses publiques est constitué par la multitude » des sujets juridiques qui participent à leur usage, » autrement dit par le public ». Ce n'est pas à dire que le public soit propriétaire du domaine : sa thèse est uniquement dirigée contre le droit de propriété de l'État, qui n'est en réalité que « le revers de l'usage » commun », une « expression commode pour signifier » que cet usage commun appartient aux citoyens de » l'État ». Sa conclusion est donc qu'il ne saurait

---

(1) « Publicæ res sunt, secundum jus romanum, hæc quarum proprietas et usus ad integrum populum spectat. Quæ definitio statui démocratico qualis ante Augustum Roma fuit optime convenit ». Leyser, Meditationes ad pandectas I, XXV, 1.

(2) Apud Germanos autem, secundum statum monarchicum, res publicæ sunt hæc quarum proprietas liberaque de iis dispositio ad Principem pertinet, usus vero ad eos omnes quibus princeps illum concessit. Leyser op. cit. ibidem.

(3) Fristch. Jus fluvium I, pp. 173 et ss.

(4) Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt. 1862, p. 38.

exister entre les dépendances du domaine public et un sujet de droit quelconque des rapports juridiques susceptibles d'être qualifiés droit de propriété ; en face du domaine, il n'y a que des usagers. Il ne faut pas se dissimuler toute l'imprécision de cette théorie : même en niant le droit de propriété de l'Etat sur les dépendances du domaine, on ne peut négliger la présence de rapports juridiques autres que les droits d'usage, dont les choses publiques sont objet ; tout au moins l'État administre le domaine, il l'entretient il le met en état de répondre aux besoins de son affectation ; bien plus il dispose, d'une certaine manière, des dépendances du domaine, il en autorise l'occupation, il confère aux individus des droits qui dépassent le droit commun d'usage. Dès lors, comment lui refuser un droit, qui n'est peut-être pas le droit de propriété, qu'il faudrait analyser plus exactement, mais qui n'en est pas moins certain, pour se borner à ne voir que le droit d'usage public, insuffisant pour expliquer toutes les particularités du régime de la domanialité ?

V. Propriété privée du fisc

Si l'on fait abstraction de la construction juridique, actuellement purement idéale, sur laquelle cette théorie est édifiée, on la peut trouver la plus satisfaisante ; elle a, du moins, l'avantage de correspondre, d'autre part, à de nombreuses solutions de la jurisprudence, d'autre part à une certaine conception doctrinale du droit public allemand, encore très en faveur aujourd'hui.

Elle remonte au XVIII[e] siècle, qui est l'apogée de l'« État de police », où s'est opérée juridiquement la séparation entre l'État et le fisc, qui a poussé ses conséquences les plus lointaines jusqu'à l'heure actuelle. L'État, proprement dit, l'être de puissance, qui a tout pouvoir, est cependant incapable d'être propriétaire. Sa qualité de puissance commandante le lui interdit. Être juridique supérieur, il se meut dans une sphère qui lui est propre, dont il ne peut sortir sans déchoir. Il procède uniquement par commandement et par pro-

hibition : il ordonne, ou bien il défend. Ainsi conçu, l'Etat ne peut être propriétaire, propriétaire privé, naturellement, puisqu'au XVIII[e] siècle la science du droit ne connaît la propriété que sous son aspect privé. Propriétaire, l'État serait amené à contracter, à entrer en rapport d'égalité avec des sujets avec lesquels il ne communique que pour leur donner des ordres, il agirait comme une personne privée, et cela lui est impossible en raison de sa nature en quelque sorte supra-humaine. Néanmoins, si rudimentaires que fussent les services publics d'alors, ils avaient atteint un certain degré de développement et leur gestion nécessitait un ensemble de moyens personnels, mais aussi matériels, — tout un patrimoine, qui leur était affecté. L'État étant, par son essence, incapable d'exercer le droit de propriété, on aurait pu considérer ce patrimoine comme n'appartenant à personne, comme une **res nullius.** A cette solution s'arrêtèrent quelques écrivains ; elle prévalut généralement, et à cause de circonstances spéciales, en matière de domaine fluvial ; elle fut loin par ailleurs de rallier l'unanimité. Alors, pour résoudre le problème, émerge le fisc, non pas comme une abstraction imaginée pour les besoins de la cause, mais au titre de véritable être moral, d'entité douée de la personnalité juridique, distincte de l'être puissance, placée sous les ordres de ce dernier. Le fisc ne participe en aucune façon à la souveraineté ; c'est une personne d'espèce inférieure, qui se comporte comme un simple particulier, se meut sur le terrain du droit privé ; sans volonté propre, il suit les directives de l'être de puissance : il contracte possède, devient propriétaire, aliène suivant les ordres de l'État. De là le statut juridique propre des choses publiques : elles sont la propriété privée du fisc, qui en est propriétaire, comme une personne privée, et les administre suivant les règles du droit privé ; mais l'action du fisc propriétaire est étroitement fonction de la volonté de l'État, de la puissance commandante, qui, par voie d'injonctions impératives ou de prohibitions, lui trace la voie et garantit ainsi le maintien des choses publiques à leur affectation et le fonctionnement régulier des services publics. Enfin l'Etat

complète les mesures destinées à protéger les dépendances du domaine contre les agissements du fisc lui-même, en édictant des règles spéciales pour réprimer des emprises de la part des particuliers, qui seraient licites, si elles étaient dirigées contre un propriétaire quelconque (1).

Cette théorie du fisc, dans sa forme classique, semble très voisine de celle qui a été développée par Gierke. Elle s'en rapproche en faisant intervenir les pouvoirs de l'État pour modifier le statut réel des biens dépendant du domaine public ; elle s'en éloigne par la création de ce dualisme, Etat et fisc, de cet être en deux personnes, l'une supérieure, et de droit public, l'autre sujette de droit privé et procédant de la première ; elle s'en sépare encore par cette conséquence que toutes les choses publiques qui ne sont pas propriété du fisc deviennent res nullius. Ce résultat offre un intérêt particulier pour les dépendances du domaine public fluvial naturel : la jurisprudence allemande qui n'admet pas que le lit des cours d'eau puisse être l'objet d'un droit de propriété privée (2), en a conclu avec une certaine apparence de raison, en s'appuyant sur la théorie du fisc, à leur caractère de res nullius, sur lesquelles l'Etat peut exercer seulement son droit de souveraineté.

Cette référence à deux décisions relativement récentes du Tribunal de l'Empire (3), démontre suffisamment que la théorie du fisc n'est pas simplement une curiosité historique ; la doctrine, d'ailleurs, est loin de l'avoir abandonnée. Déjà au milieu du siècle dernier, un juriste d'assez petite notoriété, Wappæus, s'en était fait le défenseur acharné. Il était entré en lice dans le tournoi juridique qui suivit l'affaire des fortifications de la ville de Bâle. Lors de la scission,

---

(1) La théorie du fisc a été exposée et critiquée à deux reprises par Otto Mayer : Deutsches Verwaltungs recht, I p. 52, II p. 82.

(2) Reichsgericht, 23 sept. 1880, Reichsgerichtsentscheidungen 3.232 ; 10 février 1881, Reichsgerichtsentscheidungen 4.258.

(3) La jurisprudence du Tribunal de l'Empire s'est encore affirmée en faveur du fisc dans une décision du 23 février 1880, I 366.

au début du XIX[e] siècle, du canton de Bâle, en deux centres distincts : Bâle-Ville et Bâle-Campagne, on dut procéder au partage des biens dépendant du patrimoine du petit Etat, désormais divisé en deux collectivités politiques indépendantes l'une de l'autre. L'établissement de la masse à partager donna lieu à de grosses difficultés. La ville de Bâle était fortifiée ; les fortifications non déclassées faisaient partie du domaine public de l'ancien canton : si elles étaient regardées comme propriété privée de l'ancien canton, elles devaient venir accroître la masse indivise, et, comme, en raison de leur situation elles auraient été attribuées au nouveau canton de Bâle-Ville, le canton de Bâle-Campagne aurait reçu en compensation un autre immeuble de valeur équivalente ou bien une soulte. Si, au contraire, aucun droit de propriété privée n'était reconnu à l'ancien canton de Bâle sur les remparts de la cité, ceux-ci n'entraient pas dans la masse à partager ; il n'y avait qu'une question de souveraineté à régler, et c'était naturellement le canton de Bâle-Ville sur le territoire duquel ils se trouvaient qui devait exercer sur eux son droit de police ou de garde, sans attribution aucune d'indemnité au deuxième canton. Un tribunal arbitral, constitué pour trancher le litige, rejeta le droit de propriété de l'ancien canton de Bâle sur les fortifications, dépendances du domaine public. Le débat ne fut pourtant pas complètement vidé, car en 1860 un second différend s'éleva toujours sur le même sujet. Les deux parties firent appel à quatre jurisconsultes renommés et sollicitèrent leur avis. Deux d'entre eux, Ihering (1) et Keller (2), se prononcèrent contre le droit de propriété, qui fut, par contre, soutenu par Dernburg (3) et Rüttimann (4).

---

(1) Der Streit Zwischen Basel Stadt und Basel Land über die Festungs werke der Stadt Basel.

(2) Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte welche dem Kanton Basel Landschaft an dendie stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen.

(3) Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel. Landschaft und Basel stadt obwaltenden streit bezüglich der Festungowerke der stadt Basel.

(4) Gutachten betreffend die Rechte welche dem Kanton Basel

Au cours de son petit livre, Ihering avait malmené, traité durement, et même, paraît-il, injustement, les défenseurs de la propriété privée de l'État. A ce moment, Wappæus entra en scène et fit paraître un opuscule, où assumant la tâche très ingrate de réfuter Ihering, il étudie la nature du droit de l'Etat sur les choses publiques (1) ; il fait d'abord remarquer qu'au Moyen-Age le droit allemand confondait dans la propriété royale (regalia) tant les res fiscales in patrimonio populi que les res in publico usu : une Constitution de l'empereur Frédéric Barberousse assimile aux res fiscales les viæ publicæ et les flumina navigabilia. La confusion provient de l'éclipse que subit le droit public à l'époque féodale, où des institutions de droit public sont édifiées en utilisant des principes de droit privé ; Wappæus, sur cette donnée historique, base le droit de propriété de l'Etat, et, critiquant Ihering, affirme que les dépendances du domaine public sont l'objet d'un véritable droit de propriété. A la vérité, ce n'est pas l'Etat en qualité d'Etat qui lui paraît exercer ce droit de propriété, mais en tant que personnalité juridique capable de posséder un patrimoine, en tant que fisc. Certes, dans sa reproduction de la théorie classique, Wappæus n'insiste pas sur la double personnalité de l'Etat ; il ne voit plus dans l'Etat et dans le fisc deux personnes distinctes, se mouvant l'une dans la sphère du droit public, l'autre dans celle du droit privé ; ce sont plutôt, pour lui, deux aspects d'une seule et même personne, qui, suivant les cas, agit soit comme puissance commandante, comme souveraine, soit comme un sujet, comme un simple particulier. Dans un autre passage de son traité, il a d'ailleurs exprimé cette même idée sous cette forme un peu différente, que les choses publiques seraient soumises, à la fois, à l'imperium de l'Etat et au dominium du fisc. Cette dernière formule a fait fortune ; plus ou

---

Landschaft an den die stadt Basel umgebenden Festungswerken Zustehen.

(1) Zur Lehre von den dem Rechtswerkehr entzogenen sachen, nach rœmischem und hentigem Recht.

moins modifiée, elle a été le point de départ d'une série de systèmes où se retrouve, parfois dissimulé, le dualisme de l'Etat-fisc. La « croyance au fisc » (1), pour employer une expression d'Otto Mayer, est demeurée très chère aux esprits juridiques de l'Allemagne, qui ne sont pas loin de penser que son abandon serait une véritable calamité nationale ; peut-être cette croyance leur est-elle aussi nécessaire, étant donnée leur répugnance à concevoir les questions d'ordre patrimonial autrement que du point de vue de droit privé.

La division des attributs de l'État en imperium et dominium a été reprise par Hatschek (2), qui cherche à fonder une conception des choses publiques purement allemande. Il s'en tient fermement « au dualisme » d'État et de fisc, en tant que personnalités juri » diques » et comme la collectivité étatique pénètre dans tous les rapports de droit avec cette « tête de Janus », les choses publiques prennent également une nature double ; celles de la propriété privée, traversée par des normes de droit public.

Von Eschstrutt (3), auteur d'une étude de droit comparé sur le régime de la voirie publique, différencie également l'État, souverain, du fisc, personne juridique, sujet du droit privé : « L'Etat, en soi et » pour soi, est un, mais c'est dans une certaine mesure » une unité double, une dualité, dont une partie, » endossant le vêtement d'un particulier, est descen- » due sur le terrain de ce dernier, le droit privé » ; et la conclusion de la thèse est que la voie publique, dans sa nature de voie publique, est soumise aux pouvoirs de police de l'État, tandis que la propriété privée du sol de la voie revient, suivant le cas, au fisc, à la commune, ou à un simple particulier. Cette théorie conduit à un résultat curieux : les règles de la doma-

(1) Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, in archiv für öffentliches Recht, 21, p. 517.

(2) Die rechtliche stellung des Fiskus imbürgerlichen Gesetzbuch, pp. 8 et ss.

(3) Von Eschstrutt. Der öffentliche Weg, pp. 28 et ss.

nialité publique peuvent s'appliquer à des biens fonds appartenant à des particuliers, sans que l'État puisse en prescrire la propriété, puisqu'il est incapable d'être propriétaire ; toutefois ce raisonnement n'a de valeur que s'il s'agit des pouvoirs de police de l'Etat : la commune, n'ayant pas la puissance commandante, n'offre pas le spectacle d'une double personnalité ; elle est une, sans aucune bipartition, même idéale ; dès lors, quand elle exerce ses pouvoirs de police sur une chose publique, dont le fond est la propriété d'un particulier, elle peut usucaper et devenir propriétaire de la chose.

Herbert Schelcher (1), enfin, remania à nouveau la théorie : il évite de faire expressément la distinction classique entre le fisc et l'État, mais sa doctrine est apparentée étroitement à celle de ses devanciers ; en la matière, comme en beaucoup d'autres, les mots importent peu : l'auteur n'a pas rajeuni la vieille théorie du fisc, en supprimant les noms de ses personnages. « L'État se trouve vis-à-vis des choses publiques » dans la position d'un souverain et d'un administra- » teur réel, il est le seigneur du domaine public » ; mais, seule, la possession des choses publiques par l'État doit être organisée suivant le droit public. « Tous » les droits que l'État peut avoir, en outre de la posses- » sion, sur la chose, notamment la propriété, sont » régis par le droit privé » ; cette situation complexe de l'État s'explique par un dédoublement de sa capacité : « Il est à la fois, et toujours à la fois, non pas » une personne morale de droit public unique, mais » simplement un être unique pourvu d'une double » personnalité. »

En réalité, c'est toujours la théorie du fisc qui réapparaît, — théorie qui, en vérité, semble avoir beaucoup de points de contact avec la conception française, aujourd'hui discréditée, des actes d'autorité et de gestion, et contribue à prouver que le droit administratif allemand n'a pas encore l'allure scientifique du droit

(1) Der œffentliche Weg und seine Bedeutung für das œffentliche und das Privatrecht, pp. 36 et ss., p. 57.

français. Comme l'indique Otto Mayer (1), quand une idée s'est enracinée aussi profondément que la vieille idée du fisc, elle entrave le développement de toutes les autres.

§ II. — La notion de propriété publique.

La thèse du droit de propriété privée de l'Administration sur les dépendances du domaine public a gagné la majorité de la doctrine en Allemagne; la jurisprudence du Tribunal de l'Empire et des tribunaux administratifs prussiens s'y est ralliée à maintes reprises. Dans les pays qui avaient conservé le Code civil français jusqu'en 1900, sur la rive gauche du Rhin et en Alsace-Lorraine, elle n'a pas prévalu. Les tribunaux de ces pays continuaient à s'inspirer bien plus de la Cour de Cassation française que des juridictions de Berlin et de Leipzig, pour cette simple raison que leur législation domaniale était fille de la législation française. Mais même, dans les autres territoires dépendant de l'ancien empire allemand, une réaction s'est manifestée contre la doctrine dominante, causée d'abord par l'insuffisance, depuis l'apparition du Code civil allemand, des théories civilistes explicatives du régime de la domanialité publique, ensuite par le besoin qu'éprouvaient les publicistes de se dégager totalement d'une conception aussi vieille que celle du fisc. Les systèmes pour remplacer les théories primitives n'ont pas manqué plus que ces dernières.

I. Droit de souveraineté, de surveillance et de police

Cette rubrique englobe un groupe de théories plus qu'elle ne se réfère à une théorie unique; tous les

(1) Der gegenwærtige stand der Frage des offentlichen Eigentums. Archiv für œffentliches Recht. 21, p. 522.

adversaires du droit de propriété de l'État ont chacun un système particulier, et les différentes doctrines ne peuvent être réliées que par leur face négative, le refus de l'Administration d'un droit de propriété, quel qu'il soit. Il leur arrive bien, suivant un usage très répandu en Allemagne, d'appeler le domaine public « propriété publique » (œffentliches Eigentum). Mais cette expression n'est qu'une manière de désigner l'ensemble des choses publiques par opposition au domaine privé de l'État ; elle n'implique aucune pétition de principe au sujet de la nature du droit en question. Par contre, ces conceptions, nettes dans leurs négations, manquent totalement de précision quand il s'agit d'affirmer : le droit de l'État est un droit tantôt de police, tantôt de surveillance ; et aussi de souveraineté, de possession de police (1). Il n'est pas toujours facile de découvrir ce qui se cache en fait derrière ces mots divers ou ces masques, sinon une impuissance à présenter une construction conforme à la réalité.

Le refus d'accorder à l'État un droit de propriété sur les dépendances du domaine public remonte au temps de la désagrégation de la féodalité, où une théorie, dérivée de celle de l'allmend, tendit à imprimer une marque particulière au statut des choses publiques. Celles-ci continuent de servir à l'usage de tous, mais les princes et les seigneurs se sont emparés du droit de les surveiller, et ils les transforment en une souveraineté seigneuriale : souveraineté de la voirie, souveraineté des cours d'eau. Néanmoins le pouvoir des princes est strictement limité à l'exercice de ces droits ; ils n'ont pas hérité tout de suite du droit de propriété spécial qui appartenait aux groupements de nature associationnelle sur les choses publiques ; la propriété en main commune a sombré, entraînée dans la disparition des droits primitifs du groupe. Dès lors, les choses publiques deviennent « res nullius », et d'une façon absolue ; elles sont totalement hors du commerce. C'est, du moins, l'opinion qui ressort de pas-

(1) Polizeirecht, Aufsichtsrecht, Hoheitsrecht, Polizeibeistz.

sages de quelques auteurs cités par Schwab (1) : les cours d'eau publics n'appartiennent à personne, ni en propriété, ni en jouissance, bien que la protection en revienne au prince ; la même solution est admise pour les voies publiques (2.

Cette conception se retrouve entière à l'époque actuelle, pour le seul régime des cours d'eau navigables. Wappæus (3), par exemple, en s'appuyant sur des considérations historiques, fait une place à part parmi les choses publiques, aux flumina publica, il rejette tout droit de propriété sur eux, du fisc comme des particuliers ; du moins il en attribue à l'Etat la régale, qui lui fait acquérir la propriété de certains produits posséder le droit de chasse et le droit de pêche, concéder des droits d'usage. Wappæus a été suivi par la jurisprudence déjà rappelée du Tribunal de l'Empire (4), qui ne fait application, en vérité, que d'un principe du droit local prussien.

D'autres auteurs sont allés plus loin. Dépouillant tout l'attirail encombrant du fisc, ils ont pris résolument position dans tous les cas, contre le droit de propriété de l'Etat. En premier lieu, Ihering dont il n'est pas nécessaire de reproduire plus amplement l'opinion (5). Keller, qui se rangea à ses côtés lors du litige soulevé par le partage du patrimoine du canton de Bâle, ne conçoit le droit de l'Etat sur les dépendances du domaine public que comme un droit de souveraineté ou de police : « C'est un simple droit » de souveraineté qui doit être attribué à l'ancien

---

(1) Archiv für civil. Praxis XXX annexe, p. 39, note 59.

(2) Fritsch. Jus fluvium II, p. 79 : « Publica flumina non sunt in commercio nec alicujus vel proprietate, vel usu, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, proprietate vero sunt nullius, quamvis quod protectionem ad principem spectant » ; Fritsch. Tractatio de regali viarum publicarum jure, cap. III, n. 4 : « unde earum proprietas nullius est, sus autem omnium, quam ob causam appelantur publicæ ; æ propterea protectio illarum pertinet ad summum principem ».

(3) Wæppaus, op. cit. De même Wæchter, Pendekten I § 60.

(4) Voir page 93, note 2.

(5) Voir page 91.

» canton de Bâle, avant le partage, sur les fortifica-
» tions, droit qui exclut toute espèce de droit privé,
» y compris la propriété, sans qu'il y ait lieu de distin-
» guer entre une propriété latente ou patente, entre
» un droit de propriété assoupi ou qui veille » (1). Après Keller, Schwab écrit : « La propriété publique, par
» sa nature, confère à l'Etat plutôt un pouvoir de
» police, comportant un droit de surveillance et de
» limitation des droits des citoyens, qu'un droit
» exclusif de disposition sur la chose, tel que s'analyse
» la propriété privée (2) ». Schultz emploie l'expression de « possession de police : « Bien que la police ne
» puisse avoir de possession de droit privé, il paraît
» indiqué de désigner la domination de fait de la
» police sur les choses publiques comme une posses-
» sion » (3). Staudinger reflète l'opinion de Jhering, sans d'ailleurs prendre nettement parti dans la ques-
tion : « Les choses soumises à l'usage commun ne se
» trouvent pas dans la propriété privée de l'Etat qui
» exerce simplement sur elles un droit de souveraineté,
» ou, si l'on veut, un droit de propriété particulier, dit
» de droit public » (4). Enfin deux auteurs de droit administratif local alsacien-lorrain, Léoni et Mandel, caractérisent brièvement, de la façon suivante, le droit de l'Etat sur les dépendances du domaine public : « L'Etat n'a pas sur elles un droit de propriété, mais
» de souveraineté, quoique le Trésor recueille les pro-
» duits provenant du domaine public. » (5)

L'usage de ces formules prouve que nombre d'auteurs n'ont pas voulu suivre la doctrine allemande traditionnelle, mais elle accuse aussi leur désaccord sur le véritable caractère du droit accordé à l'Etat : elles disent ce que l'Etat n'a pas, elles omettent de préciser ce qu'il a. D'autres écrivains, qui ont inspiré

---

1) Op. cit., pp. 7 et 8.

(2) Archiv für civil. Praxis XXX annexe, p. 58, note 81.

(3) Schultz. Zum preussischen Wegerecht, p. 19 et 21.

(4) Staudinger. Kommentar Zum B. G. B. VI sous l'art. 55 de la loi d'instruction.

(5) Leoni und Mandel. Das Verwaltungsrecht von Elsass-Lothringen, p. 5.

la doctrine dominante en Alsace-Lorraine, ont, au contraire, tenté une construction nouvelle de propriété publique ou de droit public de nature particulière.

II. Droit de propriété publique

Cette théorie part du double point de vue que le droit de propriété privée n'est pas le seul rapport juridique possible entre une personne et une chose.

Les premières traces des tentatives relatives à cet objet se trouvent dans un opuscule publié en 1873 par Eisele (1), en cette forme que « le régime juridique des » choses publiques appartient tout entier au droit » public » ; d'où il déduit que la propriété de l'État sur ces choses ne peut être la propriété du droit privé, mais une propriété d'un genre spécial « de droit public ». Malheureusement, Eisele se contente de tirer cette conséquence logique d'un principe évident, sans cette conséquence logique d'un principe évident, sans plus insister sur le contenu de cette nouvelle espèce de droit de propriété. La thèse fut reprise en 1891 par Hegelmaier (2). Otto Mayer lui donna son entier développement. Il jeta les bases de sa doctrine dans les deux articles déjà mentionnés des Archives de droit public et dans la première édition de son Traité de droit administratif ; il a condensé ses réflexions dans la deuxième, parue au cours de la guerre, en 1917. En passant, il faut rendre à l'auteur cette justice, qu'il n'a craint, ni à maintes reprises, d'opposer la théorie française du domaine public à la conception traditionnelle allemande, et de faire des comparaisons tout à l'honneur de notre droit administratif, ni de perfectionner un système inspiré du nôtre, qui n'avait eu auparavant aucun succès dans le monde juridique, parce qu'il n'était pas national. Cette observation montre, à

(1) Ueber das Rechtsverhæltnis der res publicæ in publico usu 1873, pp. 21 et ss.

(2) Grundeigentum im œffentlichen Recht. Tubingen Dissertation 1891.

l'avance, l'importance que peut avoir la conception d'Otto Mayer pour le régime de la domanialité publique en Alsace-Lorraine : impressionné par les principes du droit français en la matière, l'ancien professeur de Strasbourg a cherché à les adapter au droit public allemand et c'est le droit positif en vigueur sur les territoires de la rive gauche du Rhin et particulièrement en Alsace-Lorraine qui fut, pour ainsi dire, le champ où germa son étude.

Etant donné le critérium, défini ailleurs des choses publiques, la maîtrise (1) de l'Etat sur ces choses demeure dans la sphère du droit public. Il s'ensuit la nécessité, déjà exprimée par Eisele, de fonder un système de droits réels publics, notamment une propriété de droit public. Le domaine public est une institution de droit public ; or, toute institution de droit public se caractérise par ce fait que toutes ses particularités sont affectées par la participation de la puissance publique et l'existence de sujets de droit inégaux. Cependant la puissance publique ne peut se manifester juridiquement vis-à-vis d'une chose, et on ne peut parler d'une inégalité de sujets juridiques dans les rapports entre l'Etat et un objet. Mais Otto Mayer fait remarquer que les rapports entre un propriétaire privé et la chose soumise à son droit de propriété ne sont pas non plus des rapports de sujet à sujet, même pas des rapports juridiques : le pouvoir qu'un homme peut exercer sur une chose est toujours une puissance de fait, entourée, garantie, ordonnée par une série de règles juridiques, qui constituent le droit de propriété et s'appliquent, elles, à des sujets de droit (2). Ordinairement, ces règles reposent sur l'égalité juridique des sujets en cause, du propriétaire et des tiers : c'est le cas pour la propriété de droit privé. S'il y a inégalité entre les sujets, si le propriétaire est en même temps détenteur de la puis-

---

(1) « Maîtrise » paraît être le meilleur mot pour traduire ici Herrschaft. Etre maître d'une chose n'implique pas nécessairement qu'on en soit propriétaire conformément au droit privé.

(2) Le même raisonnement se retrouve dans Jellinck, Allgemeine Staatslehre, p. 399.

sance publique, et les tiers de simples particuliers, c'est une propriété de droit public (1). L'Etat est ainsi propriétaire des choses publiques, mais son droit de propriété ne peut être régi par le droit privé : il y a un même fond commun à la propriété privée et à la propriété publique ; dans les deux hypothèses, le « propriétaire » est le maître de la chose ; au cas de maîtrise exercée par l'Etat, détenteur de la puissance publique, dans le but d'assurer la marche d'un service public indispensable, la réglementation dont cette propriété est entourée, prend un aspect particulier, dû à ces deux circonstances : d'abord, que le maître de la chose dispose de moyens juridiques autres que ceux d'un simple citoyen, propriétaire privé ; ensuite qu'il est propriétaire de la chose, non pour lui, dans son intérêt personnel, mais dans l'intérêt du service public, et ici apparaît une notion tout à fait étrangère au droit de propriété privée, la notion de but (Zweckgebundenheit).

Que le droit de l'administration sur les choses publiques soit un droit de propriété véritable, mais d'un caractère spécial, Otto Mayer n'en donne guère de preuve : en un endroit, toutefois, il dit que l'Etat n'a jamais besoin d'intenter les actions possessoires ou l'action en revendication pour sauvegarder son droit (2). On pourrait en conclure, a contrario, qu'il peut, s'il le juge utile, faire usage de cette voie de droit, si une décision du Tribunal de l'Empire n'avait déclaré irrecevables les actions possessoires de la part de l'Administration des Ponts et Chaussées contre les riverains d'une route. (3)

Au contraire, les arguments en faveur de la nature spéciale de ce droit de propriété publique ne font pas défaut : le droit privé ne s'applique en aucune manière aux res publicæ, a jugé le Tribunal de l'Empire (4).

---

(1) Deutsches Verwaltungsrecht, 2e édition, II, pp. 72, 73, 74.

(2) Op. cit., II p. 128.

(3) Reichsgericht. 15 février 1902. Preussisches Verwaltungsblatt XXIV. 188.

(4) Reichsgericht. 10 janvier 1883. Reichsgerichtsentscheidungen. 8. p. 152.

La chose publique ne peut être ni prescrite, ni grevée d'une hypothèque ou d'une rente foncière, ni en principe inscrite au livre foncier, ni faire l'objet d'une expropriation. (1)

Néanmoins la maîtrise de l'Etat sur la chose publique ne s'exprime pas toujours sous la forme de ce droit de propriété publique : ce peut être une servitude, ou une possession de droit public, au cas où la propriété d'un fonds demeure à un particulier. En réalité, suivant Otto Mayer, la possession de droit public est la caractéristique de toute dépendance du domaine public ; elle existe déjà du moment où la chose remplit, en fait, un but public. La servitude ou la propriété de droit public ne sont que des accessoires qui viennent renforcer cette première protection, où sont mis en œuvre surtout les moyens propres au détenteur de la puissance publique. (2)

La doctrine d'Otto Mayer n'est certainement pas à l'abri de toute critique ; elle affirme, a priori, le droit de propriété publique de l'Etat, sans le prouver suffisamment ; elle n'éclaire guère le type de ces droits incomplets que seraient la servitude et la possession de droit public. Il n'empêche qu'elle a reçu l'adhésion de quelques juristes contemporains (3) : Layer, Chr. Behr, Kœhne et Lévy, et le Tribunal d'Empire, lui-même, s'y est, en 1905 et 1912, montré accessible, au moins dans des affaires concernant les provinces rhénanes (4. Enfin, et ce détail offre autant d'intérêt que l'existence de cette jurisprudence du Tribunal de l'Empire particulière aux provinces de la rive gauche du Rhin, la conception d'Otto Mayer est devenue celle

---

(1) Otto Mayer. ib., p. 118.

(2) Otto Mayer. ib., pp. 95 à 98.

(3) Layer. Prinzip der Enteignung, pp. 607 et ss. ; Christian Behr. Archiv für œffentliches Recht 21, pp. 347 et ss. ; Kœhne-Verwaltungs. Archiv VIII. 124 ; R Levy offentliche sachen im Gemeingebranch, p. 87 et ss.

(4) Reichsgericht, 6 octobre 1905. Reichsgerichtsentscheidungen, 61-322 ; Reichsgericht, 1er octobre 1912, Reichsgerichtsentscheidungen, 80-123.

des deux auteurs d'Alsace-Lorraine qui se sont occupés le plus longuement des questions domaniales, Kisch et Molitor.

Après avoir déclaré que la théorie suit dans ses parties essentielles la doctrine d'Otto Mayer, « qui est » d'autant plus importante pour le droit local alsacien-» Lorrain que les dispositions de la loi d'exécution » réglant la matière sont empruntées au droit français » dont s'est inspiré le professeur allemand », Kisch constate que le pouvoir de l'Etat sur les choses publiques est une maîtrise juridique qui embrasse la chose dans sa totalité : « maîtrise » de grande analogie avec le droit e propriété privée. Mais non régie par des principes de droit privé et entièrement dans la sphère du droit public. « C'est pourquoi on peut la désigner » sous le nom de propriété publique », comparable à l'autre parce que le propriétaire est maître absolue de la chose ,maisà condition de respecter le but en vue duquel elle été créée : la chose publique est, par suite, soustraite à toute espèce de transmission de nature privée ; elle n'est pas inaliénable : elle est aliénable, seulement dans les formes prévues par le droit public ou privé, concernant la propriété privée, n'est applicable à la propriété publique, pour laquelle il y a un statut spécial. (1)

Molitor, après avoir résumé les divers système sur la matière, exprime l'idée que depuis la mise en vigueur du Code civil de 1900, tous les essais de solution, qui s'appuient sur le droit de propriété privée, ne sont pas satisfaisants. La situation juridique spéciale de choses publiques ne peut être conservée au regard du Code, qu'en reconnaissant à l'Etat un droit de propriété publique, laissé en dehors de la codification, et tel qu'il existait en droit romain, qui en transmit la notion au droit français. Ce n'est que sur ce terrain qu'une réglementation locale des choses publiques peut demeurer légale, et c'est en effet sur ce terrain que s'est placé l'art. 44 de la loi d'exécution

(1) Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht § 67.

du Code civil, qui prolonge le droit français antérieurement en vigueur. (1)

§ III. — La jurisprudence.

Les textes sur lesquels pouvaient s'appuyer les tribunaux ayant à juger des questions relatives au droit de l'Etat sur le domaine public, étaient très peu nombreux. L'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil, qui reproduit approximativement le droit français antérieur, quelques passages des travaux préparatoires du Code lui-même, desquels on pouvait déduire que toute la matière des choses publiques était soustraite au droit privé. La jurisprudence pouvait donc se trouver assez embarrassée ; en réalité, elle n'eut guère d'occasion de l'être : il n'y eût pour ainsi dire pas d'espèce, où se posa nettement, même de façon indirecte, le problème.

Il ne fit jamais difficulté que l'Administration a sur les dépendances du Domaine public certains droits dérivés du droit de propriété, tels le droit de chasse et le droit de pêche dans les cours d'eau navigables et flottables (2). Ce n'était là, au demeurant, qu'une présomption en faveur du droit de propriété de l'Etat, de même que la disposition de l'art. 53 de la loi d'exécution du Code civil qui accorde à l'Etat la propriété privée des îles et autres soulèvements de terrains tables. Il ne faut pas non plus s'arrêter aux termes employés par les tribunaux : la qualification de propriété publique (œffentliches Eigentum) est simplement synonyme de domaine public (œffentliches Gut) et ne préjuge pas de la nature du droit de l'Etat.

En fait, les seuls cas où la jurisprudence fut obligée de se prononcer de façon nette et de prendre parti pour l'un ou l'autre système sont de conflit entre deux

---

(1) Molitor. op. cit. sous l'art. 44. I b.

(2) Kisch. Elsass-Lothringen Landesprivatrecht § 130.

administrations au sujet de l'occupation d'une dépendance du domaine public, notamment entre une commune et l'Administration des chemins de fer, au sujet de l'attribution d'une portion de voie publique. Un seul litige s'est présenté devant la juridiction d'Alsace-Lorraine : l'affaire du chemin de fer de Colmar, qui donna lieu à des décisions assez confuses, d'où ressort cependant la consécration d'un droit de propriété au profit de l'Administration.

En 1876, la construction de la voie ferrée de Colmar à Neuf-Brisach entraîna l'incorporation au chemin de fer de portions de chemins dépendant jusqu'alors de la voirie publique de la ville de Colmar, et la fermeture de passages à niveau, sans que la commune eût donné la moindre autorisation et sans procédure d'expropriation préalable. Après de longues discussions, la ville de Colmar assigna en 1894 l'Administration des chemins de fer de l'Empire devant le Tribunal régional, afin de faire reconnaître son droit de propriété et d'obtenir des dommages et intérêts, ainsi que la réouverture des passages à niveau. Le Tribunal reconnut à la ville son droit de propriété sur les parcelles utilisées par le chemin de fer et lui accorda les dommages et intérêts demandés, mais refusa d'ordonner l'ouverture des passages à niveau. Le Tribunal supérieur de Colmar, saisi du procès en appel adopta les conclusions du juge en premier ressort. L'Administration des chemins de fer de l'Empire s'étant pourvue en révision devant le Tribunal de l'Empire, celui-ci, dans un arrêt du 25 juin 1897, cassa le jugement du Tribunal supérieur de Colmar, mais uniquement parce que ce dernier avait négligé d'exiger la preuve que la fermeture des passages à niveau résultait d'une ordonnance du chancelier, c'est-à-dire d'un acte administratif. Le Tribunal supérieur se conforma dans un nouveau jugement aux indications du Tribunal de l'Empire, qui, sur deuxième pourvoi en révision, valida sa décision par un arrêt du 11 février 1898. Les considérants du premier arrêt du Tribunal de l'Empire méritent d'être notés : ils tranchent sans ambiguïté la question qui nous occupe.

« Pour autant qu'il s'agit de la demande d'établir » que la demanderesse est propriétaire des portions » de chemin en litige, qui font maintenant partie en » fait de la voie ferrée, le Tribunal supérieur a pu » déclarer sans erreur de droit que l'action était » recevable ; car, ainsi que le Tribunal de l'Empire » l'a déjà exprimé auparavant, notamment dans un » arrêt du 3 juillet 1896, les tribunaux civils sont » compétents pour trancher les questions de propriété, » même quand il y a lieu de décider si un immeuble » dépend du domaine public de l'Etat ou du domaine » communal. On ne peut, au cas présent, tirer » argument de cette circonstance que les deux parties » soutiennent qu'il s'agit de domaine public, car les » portions de chemin en litige avaient, quand elles » appartenaient au domaine public de la ville de » Colmar une toute autre destination qu'au cas actuel, » où l'Empire en est le détenteur. La question de » propriété pendante entre les parties, qui présente » e l'importance pour la fixation de l'indemnité, doit » être tranchée par les tribunaux. De ce côté, le » Tribunal supérieur a pu, sans erreur de droit, » confirmer la décision du Tribunal régional, d'après » laquelle la propriété devait être attribuée à la ville » de Colmar... ». Le Tribunal de l'Empire ne ratifia pas cependant l'octroi des dommages et intérêts au profit de la ville de Colmar, car celle-ci avait reçu d'autres chemins en compensation de ceux qui lui avaient été enlevés. (1)

Cet arrêt semble bien mettre fin au débat soulevé par le problème de la nature du droit de l'Administration sur les dépendances du domaine public ; avec lui, aucun doute n'est plus possible, l'Administration a non seulement un droit de surveillance sur le domaine public ; elle en est propriétaire, puisque tout passage d'une chose du domaine public d'une Administration dans le domaine public d'une autre peut entraîner une indemnité au profit de la première. Droit

(1) Juristische Zeitschrift, vol. 23, p. 193.

de propriété d'un caractère particulier, soumis a des correctifs, sans doute, mais droit de propriété quand même. Il s'ensuit qu'en Alsace-Lorraine, il n'y a pas une unité de domaine public, mais bien pluralité de domaines : d'Etat, de district, de commune, et même domaine public d'Empire. Quand furent fondés la Confédération de l'Allemagne du Nord et plus tard l'Empire allemand, ces Etats nouveaux n'avaient à leur disposition, pour remplir les services publics dont ils étaient chargés, que des moyens matériels appartenant, pour la plus grande partie, aux Etats confédérés. L'Administration de l'Empire fut ainsi amenée à occuper des immeubles et des bâtiments dont la propriété demeurait aux Etats particuliers. Cette situation donna lieu à quelques difficultés. Aussi une loi d'Empire du 25 Mai 1873 décida-t-elle que la propriété, et les droits réels en dérivant, de tous les objets affectés à un service, qui, *constitutionnellement* devait être assuré par l'Administration d'Empire, passeraient des Etats confédérés à l'Etat fédéral (1). La loi de 1873 constituait ainsi le patrimoine de l'Empire, et de plus elle lui créait un domaine public. En effet, parmi les services assumés dorénavant en vertu de la Constitution par l'Empire, l'armée, la marine, les affaires étrangères et les postes et télégraphes, il s'en trouvait au moins deux, l'armée et la marine, dont le fonctionnement exigeait l'occupation de terrains classés parmi les dépendances du domaine public, ne fut-ce que les fortifications. (2)

Il résulte de ces considérations que sur les terrain d'Alsace-Lorraine existait avant 1918 un véritable domaine public dont les fortifications formaient déjà une fraction importante. Cependant, toujours en Alsace-Lorraine, l'Empire gérait également des chemins de fer. Dès lors une question intéressante se pose : l'Empire, entrepreneur de chemins de fer, était-il

---

(1) Loi du 25 mai 1873. Art. I. Reichsgesetzblatt ; 1873, p. 113.

(2) Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. IV, p. 558.

propriétaire des voies ferrées qu'il exploitait ; autrement dit les voies ferrées dépendant en Alsace-Lorraine des chemins de fer de l'eEmpire faisaient-elles partie du domaine public de l'Empire ?

Le problème a été examiné avec le plus grand soin par Molitor. L'Empire à la suite des dispositions additionnelles au traité du 10 Mai 1871 avait recueilli tous les droits que le Gouvernement français possédait sur la portion du réseau géré par la Compagnie de l'Est dans les pays annexés. De cette manière, « l'Empire n'était pas seulement le successeur de la » Compagnie de l'Est, mais, comme il acquérait la » souveraineté sur les territoires cédés, il exerçait la » puissance commandante sur les voies ferrées ». Il n'avait pas pris uniquement la plac d'un concessionnaire, mais s'était substitué à l'Etat français en ce qui concerne les droits de ce dernier sur les voies ferrées. En fait, d'ailleurs, il n'y a jamais eu de transmission de l'Administration des chemins de fer au gouvernement local. Cependant le législateur local a réglementé le statut juridique de toutes les voies ferrées se trouvant en Alsace-Lorraine, aussi bien de celles de l'Empire que des petites compagnis concessionnaires. A première vue, il semble avoir, de la sorte, empiété sur les attributions et la compétence des autorités de l'Empire, puisqu'en rangeant les voies ferrées parmi les dépendances du domaine public, il a modifié les droits de l'Administration qui en était propriétaire. Ce n'est là qu'une apparence, car l'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil s'est borné à constater que certaines choses situées sur le territoire d'Alsace-Lorraine étaient soumises à une réglementation spéciale, qu'il ne créait pas, qui existait avant lui, et qui liait l'Empire comme toute collectivité publique détentrice de ces choses.

Il résulte de fait que le domaine public des chemins de fer de l'Empire en Alsace-Lorraine était assujetti entièrement à la loi locale. Ce principe conduisait à certaines conséquences notamment en matière d'expropriation : la loi du 3 Mai 1841, restée en vigueur, était

applicable même aux expropriations effectuées par l'Empire : la déclaration d'utilité publique, prévue par l'art. 2 de cette dernière loi, était bien contresignée par le chancelier et non par le statthalter, chef du gouvernement local ; pour le surplus, c'étaient toujours les pouvoirs locaux qui intervenaient au cours de la procédure d'expropriation, attendu que celle-ci avait pour but la cession de la propriété d'immeubles se trouvant en Alsace-Lorraine. En outre, l'incorporation au domaine public de l'Empire de dépendances du domaine public d'Alsace-Lorraine ne pouvait avoir lieu sans accord préalable du gouvernement central et du gouvernement local : en matière de chemins de fer, le chancelier n'avait hérité en effet que des prérogatives du ministre des Travaux publics français, tandis que les pouvoirs des autres ministres étaient réunis sur la tête du statthalter, administrateur suprême du domaine public d'Alsace-Lorraine, dont le Chancelier ne pouvait disposer.

CHAPITRE IV

Notion et contenu de la domanialité publique

Il ne peut s'agir ici, d'étudier, par exemple, les règles relatives à l'expropriation ou les servitudes grevant les héritages voisins des dépendances du domaine public ; ce serait dépasser et faire éclater le cadre de cette étude limitée à la notion et au contenu de la domanialité publique, à la définition et à la mesure des droits de l'Etat et du public. Il suffit pour illustrer les considérations émises sur la nature du droit de l'Administration, d'examiner d'abord les restrictions apportées à son droit de propriété : un paragraphe sera consacré à l'indisponibilité du domaine ; puis les droits qui s'opposent à ceux de l'Administration sur les dépendances du domaine public : droits des usagers ordinaires, droits des riverains, droits exorbitants de l'usage commun : ils seront passés en revue dans trois autres paragraphes.

§ I. — L'indisponibilité du domaine public.

Dire que les choses publiques sont hors du commerce, c'est employer une expression inexacte, attendu que les choses faisaient partie du domaine public, sont la propriété de l'Administration ; — dan

gereuse aussi, car l'extracommercialité en droit allemand est une institution du droi civil bien définie, tout à fait inadéquate à la condition juridique du domaine public. Il vaut mieux dire que le domaine public est indisponible ; et ajouter même que cette indisponibilité n'est pas absolue, attendu que le domaine public peut faire l'objet d'occupations privatives, si l'Administration dispose de certaines utilisations du domaine et les concède à des tiers. L'indisponibilité se marquent par deux caractères principaux : l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, on ajoute souvent que le domaine public est insaisissable ; c'est quelque peu inutile : l'insaisissabilité n'est pas spéciale à la propriété publique ; l'art. 4 de la loi d'exécution du Code de procédure civile la donne comme attribut à tout le patrimoine, aussi bien public que privé, des collectivités publiques.

1. L'inaliénabilité n'est inscrite expressément dans aucun texet ; mais elle résulte sans aucun doute de l'art. 44 de la loi d'exécution du Code civil ; celui-ci prévoyant d'une façon générale qu'aucun droit ne peut être acquis sur les dépendances du domaine public, il est bien évident que cette disposition vise avant tout le droit de propriété, naturellement le droit de propriété privée des particuliers. L'art. 44, en effet n'a eu pour but que d'exclure l'application des droits privés, les travaux préparatoires de la loi en font foi (1). ais, de ce que le domaine public est fermé, inaccessible aux droits privés, il ne faut pas en déduire, comme Otto- Mayer, qu'il n'est pas inaliénable. Ottot Mayer, en effet, le déclare, sauf cette restriction, que les formes admises par le droit civil ne sont pas applicables à son aliénation (2). Il y a là une confusion avec le transfert d'une dépendance du domaine d'une administration à une autre, puisque l'auteur cite précisément cette opération comme exemple et qu'il rejette

(1) Entwurf eines Gesetzes betreffend die Ausfürung des bürgerlichen gesetzbuches in Elsass-Lothringen. Verhandlung des Landesausschusses für Elsass-Lothringen 1898 II, p. 533.

(2) Deutsches Verwaltugnsrecht II, pp. 115 et 117.

d'autre part l'aliénation pure et simple à un particulier. Si l'on admettait cependant, comme le même Otto Mayer et aussi Molitor, que le domaine public puisse se concevoir comme une possession publique de la chose par l'Administration, la propriété privée en demeurant à un tiers, il faudrait affirmer la possibilité de la transmission de cette propriété privée par ce tiers à un autre individu, étant entendu qu'elle ne toucherait en quoi que ce fût à l'affectation de la chose et laisserait intacts les pouvoirs de possession de l'Etat. On se trouve en présence d'une propriété latente, étouffée par les droits de l'Administration et il est indifférent à celle-ci que ce droit en léthargie appartienne à un particulier ou à un autre, puisque la personne du particulier est sans influence sur l'affectation. (1)

Cette question est, au demeurant, presque sans intérêt pratique ; il n'en est pas de même de celle de l'inscription au livre foncier des dépendances du domaine public. On a prétendu que l'inscription au livre foncier était inutile en raison de l'inaliénabilité. Cependant, rien ne s'oppose à ce que les immeubles faisant partie du domaine public soient inscrits au livre foncier. Si celui-ci est utilisé en premier lieu pour réaliser les transmissions d'immeubles effectuées sur le terrain du droit privé, il a été également institué pour rendre visibles les rapports de propriété de toute espèce. D'un autre côté, l'ordonnance du 11 Décembre 1899, concernant l'introduction du livre foncier en Alsace-Lorraine, ne fait, quant aux immeubles dont l'inscription est facultative, aucune différence entre ceux de la propriété publique et ceux du domaine privé. Il est, certes, peu probable que la transmission d'une dépendance du domaine public du patrimoine d'une administration dans celui d'une autre, s'opère au moyen de déclarations reçues par le juge du livre foncier, puisque cette transmission sera le résultat d'une désaffectation, suivie d'une affectation, c'est-à-

(1) Molitor op. cit. sous l'art. 44 Rem. 12.

dire de deux actes administratifs. Cependant, il est toujours loisible aux administrations intéressées, après s'être servies des procédés de transfert propres au droit public, d'utiliser les formes contractuelles du droit privé. Il faut remarquer toutefois que l'authenticité attachée au contenu du livre foncier ne peut aller à l'encontre du domaine public ; le principe de l'inaliénabilité ne pouvant être battu en brèche par une institution de droit civil. (1)

2. L'imprescriptibilité est un corollaire de l'inaliénabilité. A l'inverse de cette dernière, elle a été assez souvent proclamée dans des décisions judiciaires, qui ne présentent pas toujours une netteté désirable. Un arrêt du Tribunal de l'Empire, du 22 Mai 1894 (2), rendu dans une affaire d'Alsace-Lorraine, repousse catégoriquement la possibilité de prescrire la propriété d'une portion de voie publique ou une servitude sur cette même voie, considérée comme res extra commercium ; par contre un jugement du Tribunal Supérieur de Colmar (3), peu après, était moins affirmatif : « l'usucapion de la propriété d'un établissement dépen- » dant du domaine public de l'Etat est impossible ; il » en est de même de l'acquisition ou de la prescription » de droits de jouissance ou de servitude, quand l'exer- » cice de ces droits gêne ou entrave le but de l'établis- » sement. » C'est apparemment le dispositif de ce dernier jugement qui fait le mieux ressortir l'étendue de l'indisponibilité du domaine public. Celle-ci intervient toutes les fois que l'affectation est en jeu : tant qu'ils ne mettent pas l'affectation en danger, les droits les plus divers peuvent être fondés, par suite d'acquisition ou de prescription, sur les dépendances du domaine public. L'indisponibilité n'est que relative : elle n'apparaît que pour sauvegarder l'affectation.

---

(1) Molitor. op. cit. sous l'art. 44 Rem. 13.

(2) Juristische Zeitschrift 19.520.

(3) Juristische Zeitschrift 21.62.

§ II. — Le droit du public et la nature juridique de l'usage commun sur les dépendances du domaine public.

De ce que certains éléments du domaine public sont, de par leur nature, destinés à servir à l'usage de tous, on a essayé de tirer un critérium du domaine public, — critérium insuffisant, puisqu'il existe des dépendances du domaine qui ne sont pas à l'usage direct et immédiat du public. Au premier plan des parties du domaine public dont l'usage est ainsi commun à tous, qui sont soumises à l'usage commun (Gemeingebranch) pour employer les termes du droit allemand, figurent les voies publiques et les cours d'eau navigables ou flottables : Il est loisible à tout individu, en respectant les prescriptions de police, de circuler à pied ou au moyen d'un véhicule quelconque dans les rues et sur les routes ; la route n'a pas d'autre destination que d'être employée à l'exercice de ce droit. Ce droit du public, si c'est un droit véritable, vient diminuer le droit de propriété de l'Administration, à qui il enlève l'un de ses facteurs constitutifs, l'usus. Les auteurs allemands ont précisément étudié la nature de ce droit ; certains ont prétendu que le public possédait un droit subjectif à l'utilisation de la chose ; d'autres, une simple faculté d'utiliser la chose conformément à sa destination. Entre ces deux opinions se placent naturellement des variantes.

Une première catégorie fait dériver l'usage commun du caractère associationnel attribué primitivement à la propriété des choses publiques, à l'« allmend » : le droit des usagers serait un droit subjectif, qui n'appartiendrait qu'à un nombre délimité d'individus, aux seuls propriétaires en main commune. Mais, comme à l'époque actuelle, le domaine public ne peut plus être représenté comme « allmend », on a cherché à faire reposer le droit des usagers sur la qualité de ressortissant de l'Etat ou de la commune, selon qu'il s'agit de

domaine de l'Etat ou de domaine communal (1). A ce simple énoncé, la théorie paraît insoutenable : elle exclut de l'usage commun, soit les étrangers, soit les habitants d'autres communes. D'où la tentative faite par Gierke de la corriger, en précisant qu'aux seuls [illegible] ou habitants de la commune revenait le droit à l'usage commun, tandis que les étrangers n'étaient qu'autorisés à y prendre part. (2)

Une deuxième doctrine voit dans l'usage commun une concession de l'autorité publique au profit des sujets : L'Etat, ou mieux le fisc, propriétaire du domaine public, n'en garde pas l'usage pour lui-même, l'abandonne au public à qui il permet d'user dans certaines conditions des dépendances du domaine (3). Dès lors, on ne saurait plus parler d'un droit subjectif de l'individu à l'usage commun. C'est aussi la conclusion d'Otto Mayer, qui définit l'usage commun comme une manifestation de la liberté de chaque homme de se mouvoir en respectant les dispositions légales. (4)

Jusqu'à la mise en vigueur du Code de 1900, la pratique adhérait à la première théorie, en ce sens qu'elle admettait un droit subjectif direct pour les usagers. Ceci ressort nettement des travaux préparatoires du premier projet de Code civil. Les rédacteurs du projet constatent, en effet, que le droit romain accordait contre ceux qui violent les prescriptions légales régissant l'usage public, non seulement l'action d'injure, mais encore certains interdits (5), ayant pour fin la remise en état de la chose détournée de son objet ou l'obtention d'une indemnité, et pour caractère

---

(1) Deutsches Privatrecht II, p. 25.

(2) Loc. cit., note 19

(3) Reichsgericht, 23 fév. 1880. Entscheidungen 1.366.

(4) Deutsches Verwaltungsrecht II, p. 142.

(5) 1° « ne quid in loco publico » (D. 43. 8.)
2° « ne quid in via publica itinerève publico » (I. 2. 32 prohibitoire).
3° « quod in via publica itinerève publico » (restitutoire).
4° « quominus illi via publica itinerève publico », cités par Biermann. Die œffentlichen sachen.

d'être octroyés d'une part à la partie lésée, d'autre part, à tout citoyen romain ; ce qui les rapprochait sur ce point des actions populaires. Ces interdits étaient encore applicables en Allemagne, saut dans les pays de droit français, bien qu'il n'appartinssent plus qu'aux personnes auxquelles l'infraction aux prescriptions réglementant l'usage commun avait causé un préjudice (1). Il en résultait la reconnaissance d'un véritable droit aux usagers des choses publiques, dès lors que cette faculté d'user du domaine conformément à sa destination était sanctionnée par une action en justice. Les rédacteurs du Code n'ont pas voulu laisser subsister cette survivance du droit romain, si bien qu'on ne peut plus s'appuyer aujourd'uui sur l'existence d'actions populaires pour affirmer le caractère de droit subjectif du pouvoir des usagers. (2)

En tout état de cause, le droit local alsacien-lorrain a toujours ignoré ces interdits. La protection du droit des usagers — s'ils jouissent d'un droit — est tout entière cantonnée dans le droit public. Les auteurs de droit local l'ont très bien compris. Pour Kisch (3), par exemple, qui s'étend le plus longuement sur la question, le droit à l'usage commun n'est, pas plus que les autres droits d'usage sur les choses publiques, un droit privé, ni même un droit subjectif, mais une simple possibilité juridique d'agir, corollaire de la liberté personnelle de mouvement, c'est-à-dire de la capacité reconnue juridiquement aux hommes d'entreprendre crtains actes : cette relation étroite avec la liberté individuelle déterminera la portée de l'usage commun.

Cette opinion est celle qui s'harmonise le mieux avec le caractère du droit de l'Administration en Alsace-Lorraine sur le domaine public : propriétaire du Domaine public, de par une propriété spéciale et publique, l'Administration a la propriété de la chose, à la

---

(1) Motive zudem Entwurfe eines B. G. B. III, pp. 764 et 766.
(2) Reichsgerïcht. 2 février 1903. Reichsgerichtsentscheidungen 53-384.
(3) Kisch op. cit. § 69. Voir également Molitor op. cit. sous l'art 44 Rem. 14.c ; Leoni-Mandel op. cit., p. 225 et ss.

condition de respecter son affectation ; or, pour certaines parties du domaine, cette affectation s'exprime par la mise de la chose à la disposition du public, pour la satisfaction des besoins divers d'activité individuelle. Aussi n'est-il pas déraisonnable de considérer le droit à l'usage commun comme une conséquence de la liberté individuelle : les individus ont la faculté de circuler sur les routes et sur les cours d'eau, parce qu'ils jouissent de la liberté d'aller et de venir, en se conformant aux règlements de police. Il n'est pas nécessaire alors de faire intervenir un prétendu droit immédiat et subjectif des particuliers à l'usage commun, ni d'instaurer une protection spéciale de ce droit. L'usage commun est accordé à tous, parce que tous jouissent de la liberté individuelle ; s'il est violé, c'est la liberté de l'individu qui se trouve violée, et c'est simplement une atteinte à la liberté individuelle qu'il y aura lieu de réprimer.

§ III. — Les droits particuliers des riverains.

Les auteurs rangent parfois dans l'usage commun des droits qui, en fait, ne sont concédés qu'à certaines catégories de personnes : tels ceux des propriétaires des maisons riveraines d'une voie publique d'ouvrir sur la voie des vues, des portes donnant accès à leur habitation, dans certains cas de faire écouler leurs eaux résiduelles ou ménagères dans les ruisseaux bordant la rue, etc... Il est bien évident que tous ces droits, particuliers aux riverains du domaine, n'ont rien à voir avec l'usage commun, qui constitue une prérogative de tout le monde. En vérité, n'importe qui a le droit de se rendre propriétaire d'un terrain en bordure d'une rue, d'y construire une maison, de percer des fenêtres sur la rue ; la situation juridique du riverain ne peut être cependant assimilée à celle du passant, être anonyme ; les rapports juridiques qui peuvent exister entre lui et la dépendance du domaine sont plus complexes ; la voie publique sur laquelle se

trouve sa demeure lui offre des commodités plus nombreuses ; le riverain, en bâtissant sa maison, a compté sur la présence de la voie publique, telle qu'elle se comportait au moment de la construction, et il a établi en conséquence ses vues et ses voies d'accès. Si la route vient à être supprimée, ou bien si elle est déplacée, exhaussée ou abaissée, il éprouvera un préjudice du fait de ces modifications : ses vues pourront être supprimées et ses voies d'accès devenir inutiles. Au cas où il aurait été en bordure, non pas d'une voie publique, mais d'une propriété privée, ces droits de vue ou d'accès auraient été considérés comme des servitudes réelles, et on n'aurait pu y porter atteinte sans son consentement et sans l'indemniser ; ces droits conservent-ils ce caractère de servitudes quand ils s'exercent sur une dépendance du domaine public ? Oui, à première vue : ce sont dans les deux cas des droits qui grèvent un fonds au profit d'un autre fonds. Cependant une servitude, comme tout droit réel, est irrévocable et intangible, tandis que ces droits de nature particulière sont révocables et précaires. Dès lors, il semble qu'on ne peut leur appliquer l'épithète de servitude. L'examen du droit positif fournit la réponse.

Jusqu'en 1900, la question de savoir si les riverains d'une rue possédaient le droit à l'utilisation de la rue, tel que nous venons d'indiquer et avaient droit à une indemnité au cas de transformation de la rue était très controversée. En général, elle était résolue par l'affirmative, tant dans les pays allemands de droit français que dans les autres régions, par la juridiction du Tribunal de l'Empire qui suivait la jurisprudence française. Un arrêt du Tribunal de l'Empire, du 28 Juin 1892 (1) avait attribué aux droits particuliers des riverains le caractère d'une servitude de droit public, c'est-à-dire d'une serviture établie entre la propriété publique et une propriété privée, en atrayant aux riverains des dommages et intérêts à la suite d'une destruction

(1) Juristische Zeitschrift. 18.42.

de leurs droits, occasionnée par des modifications apportées à la route : un jugement du Tribunal Supérieur de Colmar, du 11 Novembre 1895 (1), au contraire, avait rejeté totalement cette idée de servitude, tout en maintenant le droit à l'indemnité.

Le Code civil laissa de côté la question parce qu'elle intéressait beaucoup plus le droit public que le droit privé (2), et la loi locale d'exécution de ce Code l'imita, pour la raison que la pratique des tribunaux était fixée dans le sens de l'indemnité (3). Néanmoins, le Tribunal de l'Empire, depuis l'entrée en vigueur du Code, se refusa à reconnaître comme auparavant le caractère de servitude aux droits des riverains (4) ; le législateur d'Alsace-Lorraine dut prendre position et, en 1904, il ajouta ce deuxième alinéa à l'art. 40 a. de la loi d'exécution pour « considérer comme restriction d'un droit, » occasionnant des dommages et intérêts, — le fait » pour le propriétaire d'un bien-fonds bâti en bordure » d'une voie publique dans la partie habitée d'une » ville ou de toute autre localité, de se voir retirer ou » sensiblement diminuer la possibilité qu'il avait jus- » qu'alors d'utiliser la rue comme moyen de circula- » lation ou pour son besoin d'aération et d'éclairage, » à la suite de la suppression ou d'une modification » apportée à la rue ». Cet article dissipe tout malentendu. Il consacre et aussi limite le droit à indemnité au profit des seuls propriétaires d'habitation d'une rue se trouvant à l'intérieur de la partie habitée d'une localité, auxquels la suppression ou transformation de la route inflige disparition ou restriction des vues, jours ou voies d'accès.

Bien que l'aliéna 2 de l'art. 40 a évité de prononcer le mot droit, il semble bien, cependant, qu'un droit d'usage spécial l'ait reconnu, au moins à certains

---

(1) Juristische Zeitschrift, 21.424.

(2) Motive Zudem Entwurfe eines B. G. B. II, p. 765.

(3) Verhandlungen des Landesausschusses 1904. I., p. 86.

(4) Reichsgericht, 30 avril 1902. Reichsgerichtsenscheidungen 51.251.

riverains de la voie publique. On peut même qualifier ce droit, de droit réel, de servitude de droit public. Comme tout droit réel, il s'exerce en effet sur la chose, sur une dépendance du domaine public ; toutefois la qualité de propriété publique de l'Administration, qui caractérise cette chose, lui imprime une physionomie particulière, le rend révocable, quand, par le fait de son propriétaire, la chise subit une transformation, si l'intérêt public d'exige, à ceci près toujours que le dommage qui en résulte doit être compensé par une indemnité.

§ IV. — Les permissions et concessions d'usage extraordinaire.

Circuler sur une route, aller en bateau sur un cours d'eau sont deux actions dans les limites de l'usage commun, conformes au mode d'utilisation et à l'affectation de la dépendance du domaine ; de même est mode d'utilisation normal l'ouverture par les riverains d'une route de portes et de fenêtres sur la voie publique. Mais à côté de cette manière normale d'utiliser le domaine, il en est bien d'autres, qui, bien que licites, le paraissent beaucoup moins : l'installation par un marchand de journaux d'un kiosque sur une place, le stationnement des fiacres le long des trottoirs, le prélèvement de l'au dans la rivière ou l'établissement d'un barrage, de façon à recueillir la force motrice du cours d'eau. Toutes ces utilisations du domaine public, qui proviennent en France de permissions d'occupation temporaire, ne sont pas inconnues du droit local alsacien-lorrain.

Les auteurs distinguent la simple permission d'usage (Gebraucherlaubnis) de la concession d'utilisation particulière (Verleihung besonderer Nutzungen) (1). En réalité la distinction est toute formelle, et n'entraîne

(1) Molitor op. cit. ss l'art. 44. Rem. 14 ; Kisch op. cit. § 65.

aucune différence dans la nature juridique de l'occupation, sauf pour les auteurs qui comprennent dans les concessions d'utilisation, les concessions d'établissement de voies ferrées sur les voies publiques.

La permission d'usage s'applique aux installations de minime importance, établies sur les dépendances du domaine public : buvettes, éventaires, kiosques à journaux, édifiés sur la voie publique ; lavoirs, moulins, ancrés au bord d'un cours d'eau navigable, etc... Elle est accordée, sans procédure d'enquête compliquée, par l'Administration qui a la propriété publique ou l'autorité qui a la police de la dépendance du domaine en cause. La taxe, qui peut être levée lors de l'octroi de la permission, ne représente pas le paiement de l'occupation accordée, laquelle, au gré de Molitor et de Kisch, et selon la jurisprudence locale (1), ne fonde aucun droit et peut être révoquée à tout instant sans indemnité.

La concession concerne des établissements de plus grande importance, dont l'édification pourrait être une gêne pour l'usage commune de la chose et détourner en partie celle-ci de sa véritable affectation. Elle vise notamment les constructions de barrages dans les cours d'eau, l'installation de prises ou de conduites d'adduction d'eau, l'inhumation d'un particulier dans une église ou une cathédrale, l'autorisation de posséder un banc ou un siège dans un édifice religieux consacré au service divin public (2), les lieux d'inhumation dans les cimetières, bien qu'il paraisse que l'inhumation soit le mode normal d'utilisation de ces dépendances du domaine public. Une procédure d'enquête assez complexe précède l'octroi de la concession, et l'autorisation n'est en général délivrée qu'après le paiement d'une taxe ; quoiqu'en dise Kisch, en certain passage de son

---

(1) Colmar, 23 novembre 1903. Juristische Zeitschrift 29.495.

(2) L'art. 133 de la loi d'introduction du Code civil déclare formellement que les dispositions concernant les places dans les églises continueront d'être régies par les lois locales.

ouvrage (1), contredit du reste par un autre (2), la concession ne confère aucun droit réel à celui à qui elle a été accordée : les travaux préparatoires de la loi d'exécution du Code civil, relatifs aux concessions de tombes, en témoignent formellement (3). Néanmoins, elle n'est révocable que dans l'intérêt public ; elle peut être octroyée pour un temps déterminé, et en tout cas, la révovation ne donne jamais lieu à une indemnité.

Cette distinction a passé, selon toute apparence, dans la loi du 2 juillet 1891, concernant l'utilisation et la protection des eaux (4). Tous les établissements installés sur les cours d'eau naturels, navigables ou non navigables, et de nature à modifier le cours de l'eau, tels qu'installation de barrages pour captation de force motrice ou pour irrigation, de prises et d'adduction d'eau, doivent obtenir une autorisation préalable. Celle-ci est précédée d'une enquête, dont la procédure est réglée par les art. 17 à 22, 25 et 49 du Code industriel. En outre une permission simple est obligatoire pour toute utilisation de l'eau et du lit, qui nécessite des constructions spéciales, pour l'exploitation de radeaux et pour l'extraction de pierres, de sable, de plantes du lit du fleuve. Dans les deux cas le paiement d'une taxe peut être exigé. L'autorisation et la permission ne sont accordées qu'à condition de pouvoir être retirées à tout moment pour un motif d'intérêt public. La révocation n'est pas une cause d'indemnité, quand l'installation concerne un cours d'eau dépendant du domaine public.

En présence de telles dispositions on peut se demander si les titulaires de permissions d'usage ou de concessions bénéficient bien d'un droit. Si la faculté

---

(1) Kisch. op. cit. § 69.

(2) Kisch. op. cit. § 130.

(3) Verhandlungen des Landesausschusses für Elsass Lothringen 1898, II, p. 933.

(4) Gesetzblatt für Elsass-Lothringen 1891, p. 82 ; Hüber Wassergesetze Elsass-Lothringen, pp. 206 et suiv. ; Fisbach : das œffentliche Recht des Reichslands Elsass-Lothringen, pp. 284 et ss.

qui leur est accordée constitue un droit véritable, celui-ci est singulièrement précaire, n'étant sanctionné par aucune action en dommages et intérêts, quand il disparaît du fait de l'Administration.

CONCLUSION

De l'exposé même des règles de la domanialité publique en Alsace-Lorraine nous n'avons pas à tirer une conclusion ; entre les doctrines nombreuses et disparates qui s'entrechoquent à ce sujet, nous avons rarement pris parti ; cette étude n'avait pas pour objet d'édifier une théorie, elle s'est contentée d'aligner les faits, — solutions du droit positif et conceptions juridiques ; elle s'est efforcée de les prendre tels qu'ils se présentaient et de ne pas les défigurer outre mesure.

Cependant un enseignement se dégage des pages qui précèdent ; elles font ressortir la force de résistance d'une institution adaptée parfaitement aux besoins et aux mœurs d'un peuple. Nous avons eu l'occasion, au début de ce travail, de faire allusion à l'assaut livré par la science et la pratique juridiques allemandes à l'esprit du droit français. Cet assaut n'a pas réussi ; il est venu se briser contre la puissance du droit administratif local, branche cadette du droit administratif français. En 1898, le représentant du gouvernement allemand n'a pu que s'incliner devant la théorie française du domaine public, qui s'était ancrée dans la « conscience » du peuple. En effet, malgré toutes les tentatives opérées, pour détruire ce vestige — un entre tant d'autres, — de la souveraineté française, qui pouvait contribuer à alimenter pour sa part le foyer du particularisme, les principes généralement admis en 1918 sont, à peu de choses près, ceux qui étaient reçus en 1871. Le critérium de la domanialité est français, et si, en Alsace-Lorraine, il a conduit à des conséquences légèrement différentes des solutions consacrées en France par la jurisprudence, c'est parce qu'il y a été appliqué avec une rigueur plus absolue, à laquelle

souscrivent bien des auteurs français. Peut-être la question du droit de l'Administration sur les dépendances du domaine public accuse-t-elle également une divergence, puisque les tribunaux d'Alsace-Lorraine reconnaissent à l'Administration un droit de propriété sur le domaine. Mais sur ce point l'accord n'est pas unanime et les juridictions civiles y procèdent d'une autre idée que les juridictions administratives, qui se rapprochent de la conception du droit local.

Prise en bloc, la réglementation primitive du domaine public est donc restée indemne ; sa surveillance démontre suffisamment qu'on lutte toujours vainement, même en employant des moyens juridiques, contre une institution qui prend ses racines dans les traditions d'un peuple, est le produit de l'évolution des caractères et du génie d'une race. Des concepts juridiques, établis à priori, qui se mettent au service de la force, ne peuvent rien contre l'énergie défensive d'une règle de droit inscrite dans l'esprit d'un peuple, conforme à ses habitudes et à ses usages. En prenant leur place, à la fin du régime transitoire, au milieu des lois françaises, les règles relatives au domaine ne s'y sentiront pas dépaysées.

Vu :
Le Président de la Thèse.
LA FERRIERE.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences politiques,
R. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
CHARLÉTY.
4 Juin 1920.

BIBLIOGRAPHIE

Christian Behr. — Archiv für oeffentliches Recht XXI.

Bekker. — System des Pandektenrechts.

Biermaun. — Die oeffentlichen sachen. Giessen 1905.

J. Bredt. — Das Eigentum am Strassbürger Münster.

Bruck. — Das Verfassungs-und Verwaltungsrecht Vou Elsass-Lothringen II.

Burckhard. — Grünhut's Zeitschrift. 15. p. 645.

Crome. — System des bürgerlichen Rechts.

Dalloz. — Répertoire alphabétique. V° Voirie par terre.

Dalloz, — Recueil périodique et critique.

Dernburg. — Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens III.

Dernburg. — Pandekteu I.

Dernburg. — Rechtsgutachten über deu Zwischeu den Kautonen Basel Laudschaft und Basel stadt obwaltenden streit bezüglich der Festunhswerke der stadt Basel.

Elsass-Lothringische Gesetze. — Verordnungen und Verfügungen zur Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuches.

Enneccerus. — Bürgerliches Recht.

Entwurg eines Einfuhrungsgesetzes Zum burglichen Gestz buch Vou Eschstrutt. — Der oeffentliche Weg.

Fichbach. — Das oeffentliche Rocht des Reichslands Elsass-Lothringen 1914.

Fleischmann. — Woerterbuch des deutschen staats-und Verwaltungsrecht.

Fritch. — Jus fluvium I.

Fritsch. — Tractatio de regali viarum publicarum jure.

Geigel. — Reichs-und Reichslandisches Kirchen-und stiftungsrecht.

Gesetzblatt. — Für Elsass-Lothringen.

Gierke. — Deutsches Privatrecht.

Gierke. — Genossenschaftsrecht II.

Goez. — Verwaltungsrechtspflege in Württemberg.

Hatschetr — Die rechtliche stellung des Fiskus im bürgerlichen Gesetzbuch.

Hauriou. — Précis de droit administratif et de droit public.

Hegelmaier. — Grundeigentum im oeffentlichen Recht. Tübengen. Dissertation 1891.

Hoelder. — Amt, Selbstverwaltung und Juristische Person, in Archiv für oeffentliches Recht, vol. 21.

Hüber. — Die Wassergesetze Elsass-Lothringens.

Ihering. — Der Streit Zwischen Basel Stadt und Basel Landschaft über die Festungswerke der Stadt Basel.

Institutes. — 39, 2, I.

Jellineh. — Allgemeine Staatslehre,

Jellinek. — Verwaltungsarchiv, 1897, p. 311.

Jèze. — Eléments de droit public.

Juristiche Zeitschrift fur das Preichsland Elsass-Lothringen.

Justiz. — Sammlung für Elsass-Lothringen.

Keller. — Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte Welche dem Kauton Basel Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen.

Kisch. — Elsass-Lothringische Landesprivatrecht.

Koehne. — Verwaltungsarehiv, vol. VIII.
Kretschmar. — Sachenrecht.
Laband. — Staatsrecht des deutschen Reichs.
Layer. — Prinzip der Enteignund.
Leoni und Mandel. — Der Verwaltungsrecht in Elsass-Lothringen, 1895.
R. Lewy. — OEffentliche Sachen im Gemeingebranch.
Leyser. — Meditationes ad Pandectas I.
Lüthardt. — Blatt für administratives Praxis XX, p. 321.
Otto Mayer. — Der gegenwartige Stand der Frage des oeffentlichen Eigentums. Archiv für oeffentliches Rech, 21.
Otto Mayer. — Deusches Verwaltungsrecht I et II.
Otto Mayer. — Eisenbahn und Wegerecht. Archiv für oeffentliches Recht, vol. 16.
Michaelis. — Die Rechtsverhaltnisse au den sogenanuten "Usoirs" in den lothringischen Landegemeinden Juristische Zeitschrift 17-232.
Molitor-Stieve. — Das Gesetz betreffend die ausführung des bürgerlichen gesetzbuchesin in Elsass-Lothringen.
» Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches.
Müller. — Uber das Privateigentum au katlsohsehen kirehlichen.
Gebaeude. — Thèse Heidelberg. 1883.
Proudhou. — Traité du Domaine public. 1883. II.
Puchta. — Pandektenrecht.
Regelsberger. — Pandekten.
Reichsgesetzblatt.
Reichsgerichtsentscheidungen.
Rüttimann. — Gutachten betreffend die Rechte Welche dem Rautou Basel-Laudschaft au den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen.
Herbert Schelcher. — Der oeffentliche Weg und seine Bedeutnng für das offentliche und das Privatrecht.

Schlutz. — Zum preussischen Wegerecht.
Schwab. — Archiv für civiles Praxis XXX. Annexe.
Seuffert's. — Archiv.
Seuffert. Praktisches Pandekteurecht.
Staudinger. — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.
Stobbe. — Haudbuch.
Verhaudlungen des Landesausschusses für Elsass-Lothringen. — 1898, I et II vol. 1904, I.
Waechter. — Pandekten.
Wappaeus. — Zur Lehre von dem Rechts verkehr-entzopenen Sachen nach roemischem und heutigem Recht.
Windscheid. Ripp. — Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Zimmermann. — Das Staat Vermoegen des deutschen Reiches und der deutschen Bundesstaaten.
Zimmermann. — Finanz-Archiv. 1918, II. Geschichsliche Entinckelung und derzeitiger Stand der Rechtsverhaeltnisse am Damanium, in Deutschland.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 3

CHAPITRE I

Les sources d'une théorie domaniale pour l'Alsace-Lorraine 7

§ I. — La catégorie des choses publiques 7

§ II. — L'article 44 de la loi d'exécution. — La Genèse et sa portée législative 16

§ III. — Les classifications doctrinales 24

CHAPITRE II

Le criterium doctrinal et les éléments positifs de la domanialité publique 29

PROLÉGOMÈNES 29

§ I. — Criterium de la domanialité publique. . . . 37

I. L'état naturel de la chose 37

II. L'abandon de la chose à l'usage commun. . 38

III. L'affectation publique de la chose. 40

IV. La représentation du but public 43

§ II. — Les éléments de la domanialité publique. . . 48

I. Voies publiques

1) Les voies et leurs accessoires 50

2) Les usoirs 53
3) Les routes et chemins 63
II. Voies ferrées 66
III. Cours d'eau navigables et flottables 69
IV. Canaux de navigations. — Ports 73
V. Fortifications 73
VI. Édifices du culte 74
VII. Cimetières 76
VIII. Bâtiments publics. 76
IX. Meubles 78

CHAPITRE III

Le droit de l'Administration sur les dépendances du domaine public. 81
§ I. — La thèse de la propriété privée de l'État. . . 82
I. Propriété grevée d'une charge de droit civil, l'extra-commercialité 82
II. Propriété privée avec affectation et indisponibilité corrélative 84
III. Propriété privée limitée dans son action par des moyens du droit public 86
IV. Propriété " Associative " des usagers . . . 89
V. Propriété privée du fisc 91
§ II. — La notion de la propriété publique 98
I. Droit de souveraineté de surveillance et de police 98
II. Droit de propriété publique. 102
§ III. — La jurisprudence 107

CHAPITRE IV

Notion et contenu de la domanialité publique. . . 113
§ I. — L'indisponibilité du domaine public 113

§ II. — Le droit du public et la nature juridique de l'usage commun sur les dépendances du domaine public. 117

§ III. — Les droits particuliers des riverains 120

§ IV. — Les permissions et concessions d'usage extraordinaire 123

Conclusion 127

Bibliographie 129

Imp. coopérative « La Gutenberg » 5-7, rue Desrousseaux, Lille